

DIE HAFTUNGSBELASTUNG DES ARBEITNEHMERS BEI SCHÄDIGUNG DRITTER

EINE RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG

MIT DEM REGELUNGSENTWURF FÜR EIN EUROPÄISCHES MODELLGESETZ

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Humboldt-Universität zu Berlin

eingereicht am: 09.07.2003

von Ira Schelp LL.M.
27.12.1972

Gutachter:

Prof. Dr. Axel Flessner

Prof. Dr. Robert Rebhahn

Tag der mündlichen Prüfung: 28.10.2004

MEINEN ELTERN

INHALTSVERZEICHNIS

<u>1</u>	<u>EINFÜHRUNG.....</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>HAFTUNGSSITUATION</u>	<u>8</u>
2.1	VOLLE HAFTUNG DES ARBEITNEHMERS	10
2.1.1	FRANKREICH	10
2.1.1.1	Umfang der Haftung bei alleiniger Inanspruchnahme des Arbeitnehmers durch den Dritten.....	10
2.1.1.2	Umfang der Haftung bei Inanspruchnahme des Arbeitgebers durch den Dritten.....	11
2.1.1.3	Zwischenergebnis.....	13
2.1.2	ENGLAND	13
2.1.3	ITALIEN	14
2.1.4	ÖSTERREICH.....	15
2.1.5	PORTUGAL.....	15
2.1.6	SPANIEN	16
2.2	HAFTUNG DES ARBEITNEHMERS FÜR WENIGSTENS LEICHTE UND MITTLERE FAHRLÄSSIGKEIT.....	17
2.2.1	DEUTSCHLAND	17
2.2.2	GRIECHENLAND	19
2.2.3	NIEDERLANDE.....	19
2.2.4	ÖSTERREICH.....	20
2.3	HAFTUNG DES ARBEITNEHMERS FÜR GROBES VERSCHULDEN UND VORSATZ.....	22
2.3.1	DÄNEMARK	23
2.3.2	DEUTSCHLAND	24
2.3.3	FRANKREICH	24
2.3.4	NIEDERLANDE.....	25
2.3.5	ÖSTERREICH.....	25
2.3.6	SCHWEDEN	26
2.4	HAFTUNG DES ARBEITNEHMERS NUR FÜR VORSÄTZLICHES VERHALTEN	27
2.4.1	FRANKREICH	27
2.4.2	ENGLAND	28
2.5	KEINE HAFTUNG DES ARBEITNEHMERS - ÖSTERREICH.....	30
2.6	ZWISCHENERGEBNIS.....	30
<u>3</u>	<u>KRITERIEN FÜR DIE RISIKOVERTEILUNG UND HAFTUNGSBESCHRÄNKUNG</u>	<u>32</u>
3.1	GRÜNDE FÜR EINE BESCHRÄNKUNG DER HAFTUNG DES ARBEITNEHMERS	33
3.1.1	FEHLERHAFTIGKEIT DES MENSCHEN UND DIE NATUR DES ARBEITSVERHÄLTNISSSES ...	33
3.1.2	ABHÄNGIGKEIT DES ARBEITNEHMERS / FÜRSORGEPFLICHT	35
3.1.3	ZURECHNUNG DES BETRIEBSRISIKOS	38
3.1.3.1	Steuerung des Arbeitsprozesses	39
3.1.3.2	Möglichkeit des Arbeitgebers zur Schadensbegrenzung und Rechtsgüterschutz des	

Geschädigten	41
3.1.3.3 Profit.....	43
3.1.3.4 Zwischenergebnis.....	45
3.1.4 VERTRAUENSGEDANKE	46
3.1.5 GEFÄHRDUNGSHAFTUNG DES ARBEITGEBERS	48
3.1.6 HISTORISCHE VERGELTUNG	49
3.1.7 EXISTENZGEFÄHRDUNG DES ARBEITNEHMERS.....	50
3.1.8 IDENTIFIKATION VON ARBEITNEHMER UND ARBEITGEBER	52
3.1.9 ÄQUIVALENZ VON ARBEITSENTGELT UND RISIKO.....	53
3.1.10 BETRIEBSFRIEDEN	54
3.1.11 VERPFLICHTUNG AUS EIGENTUM	55
3.1.12 BEWEISLAST.....	56
3.1.13 ZWISCHENERGEBNIS.....	57
3.2 GRÜNDE GEGEN EINE BESCHRÄNKUNG DER HAFTUNG.....	57
3.2.1 PRÄVENTIVE FUNKTION	57
3.2.2 DURCHBRECHUNG DES GRUNDSATZES „KEIN UNRECHT OHNE SCHULD“	59
3.2.3 VERNACHLÄSSIGUNG DER GENUGTUUNGSFUNKTION	61
3.2.4 VERNACHLÄSSIGUNG DER SCHADENSAUSGLEICHSFUNKTION	62
3.2.5 BENACHTEILIGUNG DER SELBSTÄNDIG TÄTIGEN.....	63
3.2.6 ZWISCHENERGEBNIS.....	63
3.3 ERGEBNIS	64

4 AUSGESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN DER REGELUNG ÜBER DIE AUßENHAFTUNG DES ARBEITNEHMERS..... 65

4.1 UNEINGESCHRÄNKTE HAFTUNG DES ARBEITNEHMERS.....	68
4.1.1 MÖGLICHKEIT DER BEFREIUNG VON DER HAFTUNG BEI LEICHTESTER FAHRLÄSSIGKEIT UND ANDEREN FAHRLÄSSIGKEITSSTUFEN	69
4.1.2 MÖGLICHKEIT DER BEFREIUNG VON DER HAFTUNG BEI DROHENDER NOTLAGE	71
4.1.3 EINRICHTUNG EINER HAFTUNGSHÖCHSTGRENZE	71
4.2 UNEINGESCHRÄNKTE HAFTUNG DES ARBEITGEBERS.....	72
4.2.1 AUSFALLHAFTUNG DES ARBEITNEHMERS	74
4.2.2 EINRICHTUNG EINES AUFFANGFONDS	75
4.3 ANTEILIGE HAFTUNG NACH VERSCHULDEN DES ARBEITNEHMERS.....	76
4.3.1 BESTIMMUNG EINES EUROPÄISCHEN VERSCHULDENSBEGRIFFS	77
4.3.2 UMFANG DER HAFTUNGSBESCHRÄNKUNG	80
4.3.2.1 gestufte Haftungsbeschränkung äquivalent nach Verschuldensgrad	81
4.3.2.1.1 Haftungsanteile prozentual bestimmen	82
4.3.2.1.2 Haftungsanteile absolut bestimmen	83
4.3.2.2 Generelle Haftungsbeschränkung, außer in den Fällen von Vorsatz	84
4.3.2.3 Kombination von Enthftung, anteilmäßiger Haftung und voller Haftung des Arbeitnehmers nach Verschuldensgrad.....	85
4.3.2.3.1 Abgrenzung zu anderen Lösungsansätzen	85
4.3.2.3.2 Vorteile des Lösungsvorschlages	86
4.3.2.3.3 Nachteile des Lösungsvorschlages.....	88
4.3.2.4 Zwischenergebnis zum Haftungsumfang.....	90
4.3.3 AUSGESTALTUNG DES HAFTUNGSVERHÄLTNISSSES ZWISCHEN ARBEITNEHMER UND ARBEITGEBER	93
4.3.3.1 Übertragung der Innenhaftung auf das Außenverhältnis?.....	93
4.3.3.2 Haftungsmodus.....	94

4.3.3.2.1	Ausgestaltung über Regress- und Freistellungsansprüche	94
4.3.3.2.1.1	Freistellungsanspruch oder Regressrecht des Arbeitnehmers	94
4.3.3.2.1.2	Inanspruchnahme von Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei gegenseitigen Regressrechten	96
4.3.3.2.1.3	Zwischenergebnis	98
4.3.3.2.2	Schadensteilung anhand der Bestimmung einer Haftungshöchstgrenze für den Arbeitnehmer	99
4.3.3.2.3	Versicherungspflicht	100
4.3.3.2.3.1	Vorteile der Versicherungslösung	102
4.3.3.2.3.2	Nachteile der Versicherungslösung	105
4.3.3.2.3.3	Ausgestaltung	108
4.3.3.2.3.3.1	Haftungskonzept	108
4.3.3.2.3.3.2	Haftungs- oder Schadensversicherung?	110
4.3.3.2.3.3.3	Versicherungsparameter	114
4.3.3.2.3.4	Zusammenfassung	117
4.3.3.2.4	Ausgestaltung über Konkursausfallgeld/Insolvenzgeld	117
4.3.3.3	Zwischenergebnis zur Ausgestaltung der anteiligen Arbeitnehmerhaftung	121
4.4	ERGEBNIS UND ZUSAMMENFASSUNG	123

5 RECHTSVEREINHEITLICHUNG DER AUßENHAFTUNG DES ARBEITNEHMERS?

5.1	NOTWENDIGKEIT EINER VEREINHEITLICHUNG	125
5.1.1	VEREINHEITLICHUNG DER AUßENHAFTUNGSPROBLEMATIK IM KONTEXT EINER GENERELLEN RECHTSANGLEICHUNG - METHODE DER HARMONISIERUNG	125
5.1.2	SINN UND NUTZEN EINER PRIVATRECHTSVEREINHEITLICHUNG	129
5.1.3	KONKRETE FOLGEN UNTERSCHIEDLICHER HAFTUNGSREGELUNGEN IM BEREICH DER AUßENHAFTUNG	136
5.1.4	SCHLUSSFOLGERUNG	140
5.2	HARMONISIERUNGSMABNAHMEN	140
5.2.1	STAATSVERTRAG	141
5.2.2	NICHTLEGISLATORISCHE MAßNAHMEN	145
5.2.2.1	Modellgesetz	146
5.2.2.2	Kollisionsrechtsvereinheitlichung	148
5.2.2.3	Gegenseitige Anerkennung	149
5.2.2.4	„Sanfte Harmonisierung“	151
5.2.2.5	Rechtsetzung durch Restatements, Richterrecht, Juristenausbildung	152
5.2.2.6	Zwischenergebnis	156
5.2.3	INITIATIVEN DER EUROPÄISCHEN UNION	157
5.2.3.1	Rechtssetzungsmöglichkeiten außerhalb des Sekundärrechts	159
5.2.3.2	Rechtsetzung durch sekundäres Gemeinschaftsrecht (gemeinschaftliche Ermächtigungen)	160
5.2.3.2.1	Ermächtigungsnormen	161
5.2.3.2.2	Regelungsinstrumente	165
5.2.3.2.2.1	Richtlinien	165
5.2.3.2.2.2	Verordnungen	168
5.2.3.3	Zwischenergebnis	171
5.2.4	BERÜCKSICHTIGUNG ALLGEMEINER EUROPARECHTLICHER RECHTSGRUNDSÄTZE	171
5.2.4.1	Subsidiarität	171

5.2.4.2	Verhältnismäßigkeit	173
5.2.4.3	Zwischenergebnis.....	175
5.3	ERGEBNIS	175
<u>6</u>	<u>ZUSAMMENFASSUNG</u>	<u>177</u>
	<u>LITERATURVERZEICHNIS</u>	<u>170</u>

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abl.	Amtsblatt
AC	Law Reports Appeal Cases (Großbritannien)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung
All E R	All England Law Reports (England)
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgericht (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Österreich)
Art./Artt.	Artikel
AtomHG	Atomhaftpflichtgesetz (Österreich)
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Bundesarbeitsgerichtsentscheidungen
BarbBl.	Bundesarbeitsblatt
BB	Betriebs-Berater
BergG	Berggesetz (Österreich)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BT	Bundestag
Bull. civ.	Bulletin civile (Bulletin des Arrêtes de la Cour de Cassation) (Frankreich)
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
Cass.	Corto di Cassatione (Italien)
Cass. Civ.	Cour de Cassation, Chambre Civile (Frankreich)
Cass. Soc.	Cour de Cassation, Chambre Sociale (Frankreich)
Cc.	Code Civile (Frankreich) / Código Civil (Spanien)/ Codice civile (Italien)
C.C.L.T.	Canadien Cases on the Law of Torts (Canada)
Civ.	Arrêtes de la Cour de Cassation Chambre Civile (Frankreich)
Cp.	Código Penal (Spanien)
D.	Recueil Dalloz (Frankreich)
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DNHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (Österreich)
DrdA	Das Recht der Arbeit (Österreich)
EAL	Gesetz über die Verpflichtung zum Schadenersatz (Dänemark)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EKHG	Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz (Österreich)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (=Slg.)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EuZP	Europäische Zeitschrift für Privatrecht
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
Foro it. Mass.	Massimario del Foro italiano (Italien)
FS	Festschrift
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (Frankreich)
GG	Grundgesetz

Giur. Comm.	Giurisprudenza commerciale (Italien)
GrünhZ	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart
GS	Großer Senat
H.L.	House of Lords (Großbritannien)
i.E.	im Ergebnis
Informazione prev.	Informazione previdenziale (Italien)
I.R.	Impôt sur le Revenu (Frankreich)
i.V.m.	in Verbindung mit
Jbl.	Juristische Blätter
JherJ	Jehrigs's Jahrbücher
JbJgZ	Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler
JZ	Juristen Zeitung
LAG	Landesarbeitsgericht
lat.	lateinisch
LuftVG	Luftverkehrsgesetz (Österreich)
MLR	Modern Law Review (Großbritannien)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	Numéro
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
OHG	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung (Österreich)
Para.	paragraphe
Q.B.	Queens Bench (England)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
Rep.gen.	Repertorio generale annuale della Giurisprudenza italiana (Italien)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
Rq.	Chambre de Requetes (Cour de Cassation) (Frankreich)
Rs.	Rechtssache
RVO	Reichsversicherungsordnung
Rz.	Randziffer
S.	Seite/n; Satz; section
sec.	Section
Sem. Jur.	La Semaine juridique (Frankreich)
SKL	Skadeståndslag - Schadenersatzgesetz (Schweden)
Slg.	Sammlung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften – s. EuGHE
s.o.	siehe oben
sog.	Sogenannt/e/en/er/es
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Trib.	Tribunale (Italien)
Urt.	Urteil
v.	vom/ von
VersR	Versicherungsrecht
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz (Österreich)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
ZaÖRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZeuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch (Griechenland)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Schweiz)
zzgl.	zuzüglich

1 Einführung

“The doctrine of vicarious liability has not grown from any very clear, logical or legal principle, but from social convenience and rough justice.”¹

Die Frage wie zu verfahren sei, wenn ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit einen Dritten schuldhaft schädigt, beschäftigt die Rechtswissenschaft bereits seit Jahrhunderten. Dabei war von Anbeginn streitig, ob es bei einem Delikt eines Dieners oder Sklaven eine Haftung des Geschäftsherrn gibt und ob diese eine eigenständige Haftung *stricto sensu* darstellt oder auf einer *culpa eligendo* beruhen sollte². Sofern eine Vikarhaftung,³ also eine Haftung des Geschäftsherrn bzw. Arbeitgebers ohne eigenes Verschulden, festgestellt wurde, musste die Aufteilung der Haftung im Innenverhältnis bedacht werden. Nicht nur bezüglich der Haftungsaufteilung, sondern auch hinsichtlich der Frage, ob und welche äußeren Umständen gegebenenfalls diese Haftung beeinflussen könnten oder ob die Haftung des Arbeitnehmers selbst in diesem Zusammenhang von dem Grad seines Verschuldens abhängt, wurden im Laufe der Zeit eine Vielzahl unterschiedlicher Ansichten vertreten.⁴ Daran hat sich bis heute nichts geändert. Entsprechend vielfältig wird daher allein im europäischen Raum die Haftungsinanspruchnahme des Arbeitnehmers gehandhabt.

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Haftungsbelastung des Arbeitnehmers bei der Schädigung Dritter⁵. Ziel ist, die Rechtswirklichkeit⁶ hinsichtlich der deliktischen

¹ Lord Pearce in: *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Shatwell* [1965] A.C. 656, 685.

² Schon im römischen Recht: Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1120-1122; Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 633 f; ausführlich: Schulz, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, GrünhZ 38 (1911), 9 ff.

³ „*vicar*“, lat.: Stellvertreter. Der Begriff ist irreführend, weil die Haftung des Arbeitgebers meist nicht an Stelle der des Arbeitnehmers steht, sondern dazu hinzutritt, so z.B. im englischen Recht (v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band 1, Rz. 337). Allerdings hat sich dieser Begriff eingebürgert und wird daher nachfolgend als Synonym für die Haftung des Arbeitgebers für Schäden Dritter, die durch den Arbeitnehmer verursacht wurden, verwendet. Es handelt sich hierbei um eine Gefährdungshaftung, die den Arbeitgeber ohne eigenes Verschulden trifft. Diskutiert wird diese im deutschen Recht zumeist unter dem Stichwort der Außenhaftung des Arbeitnehmers, denn dessen Haftungsbelastung im Falle der Schädigung eines Dritten wird durch das Hinzutreten des Arbeitgebers zu der Haftung beeinflusst.

⁴ Ein historischer Überblick hierzu: Beckers, *Die Haftung des Arbeitnehmers*, 1-3; Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 633 f; zu den unterschiedlichen Ansichten auch: Schulz, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, GrünhZ 38 (1911), 9.

⁵ Die Haftung des Arbeitnehmers bei Delikten gegen nicht am Arbeitsverhältnis beteiligten Dritten wird nachfolgend mit dem im deutschen Recht gebräuchlichen Begriff der „Außenhaftung“ beschrieben.

⁶ Das ist das Recht unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Rechtsgebräuchen, mithin nicht lediglich das „blasse“ Gesetzesrecht. Für diese Methode der Rechtsvergleichung schon: v. Bar, *Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union*, ZfRV 1994, 232 m.w.N.

Haftung in Europa zu untersuchen, rechtspolitische Wertungskriterien zu analysieren und eine geeignete Regelung für den europäischen Raum⁷ zu entwickeln. Erforscht wird hierbei der konkrete Umfang der Haftungsbelastung des Arbeitnehmers, wie er sich nach Eingreifen der Außenhaftung und eventueller Rückgriffsansprüche von oder gegen Arbeitgeber, Versicherungen oder Dritten darstellt. Haftet der Arbeitnehmer beispielsweise im Rahmen seiner Außenhaftung dem Dritten gegenüber unbeschränkt, kann dieser also seinen Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitnehmer im vollen Umfang durchsetzen, berücksichtigt diese Arbeit auch gegebenenfalls bestehende Rückgriffsrechte des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber aus der Vikarhaftung oder Freistellungsansprüche gegenüber Versicherungen. Im umgekehrten Falle der primären Haftungsinanspruchnahme des Arbeitgebers wird dagegen auch das Rückgriffsrecht des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer miteinbezogen und untersucht, in welchem Umfang hierüber eine Haftungsbelastung des Arbeitnehmers erfolgt.

Eigenhaftung und Sekundärhaftung können sich hierbei verschieden darstellen. Die Eigenhaftung des Arbeitnehmers begründet sich in der Regel durch die deliktische Haftung. Die Haftung des Arbeitgebers entspringt, sofern in einzelnen Rechtsordnungen vorgesehen, der Vikarhaftung. Regresshaftung hingegen ist Ausfluss des Regress- oder Freistellungsanspruchs aus der Vikarhaftung. Diese kann, abhängig von der Ausgestaltung der Haftung, entweder dem Arbeitgeber oder Arbeitnehmer zufallen.⁸ Allein die für den Arbeitnehmer real verbleibende Haftungsbelastung, mithin die sich ihm persönlich darstellende Zahlungsverpflichtung nach Eingreifen von Eigenhaftungs- und Regresshaftungsregelungen ist Gegenstand dieser Studie.

Zur Verdeutlichung der hier angesprochenen Problematik folgender Beispielsfall: Der Arbeitgeber betreibt ein Bauunternehmen, in welchem der Arbeitnehmer als Baggerfahrer tätig ist. Bei der Erstellung einer Grundstücksbefriedung wird bei dem Aushub mit dem Bagger die Gasleitung beschädigt. Der Schaltfunken eines elektrischen Gerätes entzündet das in den Keller des Hauses ausströmende Gas. Das Haus eines Dritten wird durch die folgende Explosion zerstört.⁹ Die sich ergebende Frage liegt auf der Hand: wer hat in welchem Umfang für den Schaden aufzukommen?

Das Schadenersatzrecht richtet sich allgemein nach dem Prinzip der Haftung für eigenes Verschulden.¹⁰ Haftbar wäre mithin der Baggerführer. Zumindest im deutschen Recht wird dieser Grundsatz im Rahmen der Außenhaftungsregelung teilweise umgangen. Abhängig

⁷ Der Begriff Europa wird als Summe der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union verstanden. Allerdings kommen nur ausgewählte Rechtsordnungen zur Darstellung.

⁸ Näher zu den jeweiligen Haftungssystemen die Darstellung der einzelnen Landesrechte, Kap. 2.

⁹ Angelehnt an BAG v. 12.10.1989 – 8 AZR 741/87, EZA § 611 Arbeitnehmerhaftung Nr. 53 (vereinfacht).

¹⁰ Das Verschuldensprinzip ist Ausgangspunkt der Deliktsrechte in der Europäischen Union: für die kodifizierten Rechte: Art. 1382, 1383 belg. Code civil; § 823 Abs. 1 BGB; Art. 1382, 1383 franz. Code civil; Art. 914 griech. Zivilgesetzbuch; Art. 2043 Codice civile; Art. 6 NBW; §1295, 1306 öst. ABGB; Art. 483 port. Código civil; 2 § 1 schwed. Skadeståndslag; Art. 1902 span. Código civil; aber auch die nicht kodifizierten: *Magnus*, Elemente eines europäischen Deliktsrechts, ZeuP 1998, 611 m.w.N.

von dem Grad des Verschuldens haftet demnach der Arbeitgeber, respektive der Bauunternehmer, anteilig für den entstandenen Schaden, sei es, dass er als Gesamtschuldner selbst von dem Geschädigten in Anspruch genommen wird und Regress gegen den Arbeitnehmer ausübt oder dass der Arbeitnehmer einen Freistellungsanspruch geltend macht und hierüber den Haftungseintritt des Arbeitgebers begründet. Warum nun wird das Prinzip der Haftung für eigenes Verschulden durchbrochen? Die Antwort findet sich in der Aufgabe des Schadenersatzrechts. Neben der Suche nach einer gerechten Schadensverteilung¹¹ dient das Schadenersatzrecht auch der Lenkung menschlichen Verhaltens.¹² Recht wird als Mittel der sozialen Organisation und Steuerung verwandt.¹³ Ausschlaggebend für die getroffene Regelung sind die Werte und Wertungen welche für eine Haftungsbelastung sprechen. Dabei werden über Erwägungen hinsichtlich der Konsequenzen von Änderung, Beibehaltung oder Abschaffung bestimmter Regelungsinhalte hinaus rechtspolitische Überlegungen angestellt.¹⁴ So wird beispielsweise diskutiert, die Aufteilung der Haftung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Falle der Schädigung Dritter durch den Gedanken der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer zu begründen.¹⁵ Hierdurch wird das zugrunde liegende Prinzip der Haftung für eigenes Verhalten, mithin also das Konzept der alleinigen Haftung des Arbeitnehmers, modifiziert.

Vor dem Hintergrund der zunehmenden Europäisierung wächst die Notwendigkeit gemeinsame Werte zu bestimmen und darauf basierende Regelungen im europäischen Rechtsraum zu entwickeln. Dies gilt insbesondere im Deliktsrecht, wo die rechtliche Beziehung höchst selten freiwillig eingegangen wird und so eine einheitliche Regelung auch im Hinblick auf den Schutz des Geschädigten erforderlich ist.¹⁶ Auch ohne die vorhandene Rechtssituation formal als europarechtswidrig anzusehen, führt die Beibehaltung verschiedener Regelungsansätze zur Irritation der beteiligten Rechtskreise, nicht nur in Bezug auf die konkret in Frage stehende Haftungsbelastung im Rahmen der Arbeitnehmeraußenhaftung. Unterschiedliche Rechtsordnungen kreieren damit wirtschaftlich wie akademisch Spannungen auf dem gemeinsamen europäischen Markt.

¹¹ zum Gedanken der sozialen Aufgabe des Schuldrechts im Rahmen gegenseitiger Schutznotwendigkeiten ausführlich: *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. 1, 8 ff.

¹² *Steindorff*, Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer, JZ 1959, 5, *Esser/Weyers*, Schuldrecht, Bd. II § 53, 3, 133 f.; *Mertens*, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vor §§ 823-853, Rn. 46 ff; *Magnus*, European Perspectives of Tort Liability, European Review of Private Law, 1995, 429.

¹³ *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rz. 100; *Drath*, Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts, in: Recht und Staat 272/273, 1963, 23; *Zweigert/Kötz*, Introduction to Comparative Law, 46.

¹⁴ Zum Begriff der vergleichenden Rechtswissenschaft, *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 26.

¹⁵ So BAGE 5,1 ff. (Großer Senat, Beschluss vom 25. September 1957); umfassende Diskussion der Fürsorgepflicht siehe 3.1.2.

¹⁶ *Magnus*, Elemente eines europäischen Deliktsrechts, ZeuP 1998, 609.

Die Vereinheitlichung¹⁷ des Rechts erscheint vor diesem Hintergrund erstrebenswert. Dennoch muss sich jede Maßnahme an ihrem wirtschaftlichen Nutzen messen lassen, denn die *ratio economica* ist derzeit bestimmend für Richtung, Weg und Ziel des Rechts.¹⁸ So wird vorliegend zuerst der wirtschaftliche Nutzen einer Maßnahme, vor allem einer legislatorischen, analysiert. Auch hinsichtlich der in Europa vorhandenen Regelungen im Bereich der Außenhaftung ist demnach zu fragen, ob Unterschiede existieren, inwiefern diese zu Diskriminierungen auf dem gemeinsamen Markt führen und ob und gegebenenfalls wie sich eine Neuregelung und Vereinheitlichung des Rechts darstellen könnte. Die Praxisrelevanz des Schadenersatzrechts ist dabei groß. Denn nicht nur die Vielzahl europäischer Arbeitnehmer ist von den Regelungen betroffen, sondern auch die Arbeitgeber sind auf eine klare und überschaubare Haftungssituation angewiesen, um Risiken und Kosten kalkulieren zu können.

Vorliegend wird allein der Umfang der Haftung hinsichtlich der Haftungsbelastung des Arbeitnehmers untersucht. Dies dient der Konzentration auf die wesentliche Frage nach der konkret bestehenden Haftungssituation. Weitergehende Studien der Haftungsvoraussetzungen würden den Rahmen der Arbeit sprengen.

Es werden diverse europäische Rechtsordnungen berücksichtigt. Entgegen der klassischen Methodik der Rechtsvergleichung, die sich in der Erkundung, Einordnung und soziologischen Analyse des Rechts wieder findet,¹⁹ wird die Erkundung, nämlich die Schilderung einzelner Landesrechte, in die systematische Darstellung der Haftungssysteme integriert. Dies unterscheidet die Arbeit auch von bereits vorgelegten Werken, welche sich vornehmlich mit der Rechtsvergleichung befassen. Arbeiten welche weitergehend die Untersuchung der Haftungsprinzipien im Rahmen der Arbeitnehmernaßenhaftung zum Gegenstand haben, sind zumeist aus den 70er Jahren. Vorliegend erfolgt somit eine Aktualisierung des Streitstandes sowie eine Neufokussierung der Erörterungen im europäischen Kontext. Die Untersuchung geht dabei über den deutschen Diskussionszusammenhang hinaus und befasst sich auch mit der europäischen Dimension der Problematik.

Die Studie selbst wurde vor einem deutschen Rechtshintergrund erstellt. Rechtsbegriffe und Systematik basieren, soweit nicht anders vermerkt, auf dem deutschen Recht.²⁰

¹⁷ Zum Begriff der Rechtsvereinheitlichung gilt mit *Kegel* die folgende Definition: Rechtsvereinheitlichung ist die „Herstellung gleichen Rechts an Stelle verschiedener Rechte“. Die Begriffe „Harmonisierung“ und „Angleichung“ bedeuten dasselbe stellen aber ein Weniger dar als die Vereinheitlichung. Die Angleichung des Rechts liegt damit auf dem Wege zur Rechtsvereinheitlichung. *Kegel*, Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung, in: Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, 10.

¹⁸ *Strömholm*, Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung, *RabelsZ* 56 (1992), 617 f.

¹⁹ *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 12.

²⁰ Dies geschieht um zu gewährleisten, dass der Leserkreis, welcher erwartungsgemäß vorwiegend aus dem deutschen Rechtsraum stammen wird, die Einordnung des Ausgeführten in die allgemeinen deutschen Rechtskonzepte vornehmen kann. Ausgenommen hiervon ist der in dem Kapitel der Rechtsvergleichung (Kap. 2) verwendete Verschuldensbegriff.

Der verwendete Verschuldensbegriff bezieht sich vorliegend grundsätzlich²¹ lediglich auf das schuldhafte Verhalten im Außenverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Dritten. Zwar stellt sich die Frage, ob dieses Verschulden nicht anders zu beurteilen ist als das, welches Ausschlag für einen Freistellungs- oder Regressanspruch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Innenverhältnis gibt.²² Im Rahmen der faktischen Haftung des Arbeitnehmers wird dies letztendlich jedoch keine Rolle spielen, denn sofern hier Unterschiede hinsichtlich des Verschuldens bei Schadensverursachung oder im Innenverhältnis gegeben sind, beurteilt sich die Haftung des Arbeitnehmers immer nach dem engeren Maßstab. Wenn der Arbeitnehmer beispielsweise im Rahmen der Außenhaftung für jegliche Art der Fahrlässigkeit haftet, im Innenverhältnis jedoch für fahrlässiges Verhalten unterhalb der groben Fahrlässigkeit einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber erwirbt, so beschränkt sich hierauf auch die reale Haftungsbelastung des Arbeitnehmers. Sofern in einzelnen Rechtsordnungen jedoch Sondersituationen entstehen, wird dies auch gesondert dargestellt.²³ So können beispielsweise Rückgriffe auf den Arbeitgeber unter gewissen Bedingungen ausgeschlossen sein. Durch eine Verhaltensweise im Innenverhältnis kann so eine Andersbeurteilung der Haftungsaufteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber herbeigeführt werden, z.B. wenn das Rückgriffsrecht des Arbeitnehmers an Informationspflichten gegenüber dem Arbeitgeber geknüpft wird.²⁴ Das Innenverhältnis selbst steht dem ungeachtet grundsätzlich nicht zur Debatte.

Ebenso wenig beschäftigt sich diese Studie mit den gemeinsamen Parametern der Haftungsvoraussetzungen. Objekt der Untersuchung sind lediglich die Rechtsfolgen, die eintreten, sobald ein Haftungsfall vorliegt. Die Haftungsfolgen nehmen zu den Haftungsvoraussetzungen nur teilweise²⁵ Bezug. Viele Haftungsvoraussetzungen wie beispielsweise die Arbeitnehmereigenschaft beeinflussen hingegen den Umfang der Haftung im Sinne einer Haftungsbelastung des Arbeitnehmers nicht. Eine nähere Untersuchung erfolgt daher bezüglich dieser Haftungsvoraussetzungen nicht. Nur schemenhaft ist festzustellen, dass innerhalb der europäischen Rechtsordnungen ähnliche Voraussetzungen für eine Haftung des Arbeitgebers für Delikte des Arbeitnehmers gelten.²⁶ So basiert die Außenhaftung für einen durch schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers verursachten Schaden darauf, dass das Verhalten des Arbeitnehmers in einem ausreichenden inneren Zusammenhang zu der ihm von dem Arbeitgeber

²¹ Ausnahmen wurden ausdrücklich im jeweiligen Textzusammenhang kenntlich gemacht.

²² Otto, Ist es erforderlich die Verteilung des Schadensrisikos bei selbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 73; Denck, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 266 ff.

²³ siehe Kap. 2.

²⁴ So beispielsweise in Österreich, siehe Kap. 2.2.4.

²⁵ insbesondere auf das Verschulden, welches häufig die Haftungsbelastung des Arbeitnehmers beeinflusst.

²⁶ v. Bar, Vicarious Liability, in: Hartkamp u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 431 ff.; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 633 ff., 647; van Gerven/Lever/Larouche, Tort Law, S. 524 ff.

übertragenen Tätigkeit steht.²⁷

In diesem Zusammenhang ist nicht nur zu bestimmen wie sich die Arbeitnehmereigenschaft definiert, sondern auch wann ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Nicht nur im deutschen Recht wird hierbei auf die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers abgestellt.²⁸ Ferner wird ein deliktisches Verhalten vorausgesetzt. Dies umfasst nicht nur ein Verschulden auf Seiten des Arbeitnehmers, sondern auch die Frage, wann ein Verhalten in diesem Sinne gegeben ist und unter welchen Umständen auch das Unterlassen einer Handlung den Tatbestand erfüllt. In einigen Rechtsordnungen erfordert dies eine Pflichtverletzung sowie das Vorliegen eines Verletzungserfolges. Ausschlaggebend hierfür ist, wie bereits erläutert, der jeweilig anwendbare Verschuldensbegriff. Das Delikt muss, um im Bereich der Außenhaftung haftungsauslösend zu wirken, betrieblich veranlasst worden sein, also nicht außerhalb oder bei Gelegenheit des Dienstes geschehen.²⁹ Die Schadensfolge muss sich zuletzt bei einem Dritten einstellen, der als Außenstehender nicht am Arbeitsverhältnis beteiligt ist. Die Kausalität muss sowohl zwischen deliktischem Verhalten und Rechtsgutverletzung (Haftungsgrund) als auch zwischen Rechtsgutverletzung und Schaden gegeben sein.³⁰ Nach diesen Voraussetzungen tritt dann die Haftung als Rechtsfolge ein.³¹

Um eine einheitliche Regelung des Haftungsumfanges im europäischen Kontext zu entwickeln wird folgender Aufbau gewählt:

1. Zunächst erfolgt die synoptische, rechtsvergleichende Darstellung ausgewählter europäischer Rechtsordnungen (Kapitel 2: Haftungssituation).
2. Im weiteren wird sowohl die Frage beantwortet, welche gesellschaftlichen Funktionen die gefundenen Regelungsansätze erfüllen, als auch welche Wertungen und welches Rechtsempfinden den einzelnen Haftungskonzepten zugrunde liegen (Kapitel 3: Kriterien für die Risikoverteilung und Haftungsbeschränkung).
3. Werden die Ziele der Risikoverteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber durch die bestehenden Regelungen adäquat erreicht oder ist das Problem der ArbeitnehmERAußenhaftung vor dem europäischen Hintergrund anders zu lösen? Wie könnte sich eine europäische Regelung darstellen? (Kapitel 4: Ausgestaltungsmöglichkeiten der Regelung über die Außenhaftung des Arbeitnehmers).
4. Erfordert die so entwickelte Standardlösung eine Vereinheitlichung im

²⁷ zu diesen Voraussetzungen für Deutschland: m.w.N. *Müller Glöge*, Münchner Kommentar zum BGB, § 611, Rz. 462; Frankreich: *Gotthardt*, in: v. Bar (Hrsg.) *Deliktsrecht in Europa*, Frankreich, 36; Portugal: *Monteiro/Ramos/Hörster*, in: v. Bar (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa*, Portugal, 15; Schweden: *Witte*, in: v. Bar (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa*, Schweden, 29; Spanien: *Santdiumenge*, in: v. Bar, *Deliktsrecht in Europa*, Spanien, 31, 33;

²⁸ v. Bar, *Vicarious Liability*, in: *Hartkamp u.a.* (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, 439.

²⁹ v. Bar, *Vicarious Liability*, in: *Hartkamp u.a.* (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, 445.

³⁰ Allgemein rechtsvergleichend zum Kriterium der Kausalität: *Brüggemeier*, *Prinzipien des Haftungsrechts*, 50 ff.

³¹ zu Umfang und Ausgestaltung der Haftung siehe Kap. 2.

europäischen Recht? Wenn dies der Fall ist, in welchem Kontext sollte diese erfolgen, welche Maßnahmen bieten sich zur Regelung an und welches Vorgehen ist bei der praktischen Umsetzung zu wählen? (Kapitel 5: Rechtsvereinheitlichung der Außenhaftung des Arbeitnehmers?).

2 Haftungssituation

In Europa³² bestehen verschiedene Haftungssituationen, denen der Arbeitnehmer ausgesetzt ist. Im folgenden wird die tatsächliche Haftungsbelastung des Arbeitnehmers als Hauptkriterium der Systematisierung zugrundegelegt.³³

Unterschieden wird hierbei nach dem Grad des Verschuldens. Aufgrund der Integration der Landesrechtsdarstellungen in eine Systematik kann diese bereits vor der Beschreibung der einzelnen Rechtsordnungen erläutert werden. Das Verschulden stellte im Rahmen der Länderauswertung den kleinsten gemeinsamen Nenner dar. Eine Reihe von Rechtsordnungen orientiert sich bei Festlegung der Haftungsbelastung des Arbeitnehmers an der jeweils zutage getretenen Verschuldensschwere, indem der Haftungsumfang an den Verschuldensgrad geknüpft wird. Eine Limitierung der Haftung aufgrund einer summenmäßigen oder anderer Haftungsbeschränkung konnte hingegen für kein Land nachgewiesen werden. Zugrunde gelegt wird der jeweils national geltende Verschuldensmaßstab.³⁴ Aufgrund der Ähnlichkeit der Verschuldensbegriffe³⁵ und der offensichtlich bestehenden Unterschiede hinsichtlich der Haftungsbelastungen zwischen den Rechtsordnungen reicht dieses Vorgehen aus um festzustellen, ob sich die Haftungssituationen spürbar unterscheiden. Entscheidend ist weniger wie die Rechtsordnungen in ihren Lösungsansätzen und Verschuldensmaßstäben differieren, sondern vielmehr die Feststellung, dass dies überhaupt der Fall ist.

Im Gegensatz zu einer Systematisierung nach Landesrechten³⁶ oder nach Rechtssystemen³⁷ ermöglicht die Betrachtung der Systematik des konkreten Umfangs der Haftung eine

³² Gegenstand der Betrachtung sind ausgewählte europäische Rechtsordnung. Die Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, Ziel ist es lediglich einen Eindruck der unterschiedlichen Regelungsansätze zu vermitteln und dadurch eine Diskussionsgrundlage zu schaffen. Verzichtet wird aus diesem Grunde auch auf die Darstellung der Regelungen für gefahrgeneigte Arbeit, die häufig anders als die Haftung für Schäden im Rahmen nicht gefahrgeneigter Arbeit beurteilt wird.

³³ Einzelne Landesrechte werden mehrmals erörtert werden, da durch unterschiedliche Haftungsvoraussetzungen auch innerhalb einer Rechtsordnung verschiedene Haftungsumfänge auftreten können.

³⁴ Dieser ist von Land zu Land unterschiedlich definiert und durch die Rechtsprechung ausgefüllt-ausführlich zu verschiedenen europäischen Rechtsordnungen: *Koziol* (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*; v. *Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band 2, Rz. 237 ff. und mit einzelnen Beispielen für Sorgfaltsanforderungen, Rz. 244 ff. Zur Systembildung: v. *Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band 2, Rz. 209 ff.

³⁵ v. *Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band 2, Rz. 237 ff.

³⁶ So z.B. *Beckers*, *Die Außenhaftung des Arbeitnehmers*; *Bringezu*, *Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung in der Bundesrepublik Deutschland, in England und Frankreich* oder *Otto*, *Ist es erforderlich die Verteilung des Schadensrisikos bei selbständiger Arbeit neu zu ordnen?* Verhandlungen zum 56. DJT.

³⁷ So v. *Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, der nach Kodifikationen sowie Common Law und Skandinavischer Rechtsordnungen einteilt.

gezielte Herangehensweise an die Problematik. Präzise beantwortet werden kann so die Frage, inwieweit die Haftung des Arbeitnehmers für eine deliktische Handlung von der allgemeinen Haftungsregelung, das heißt der vollen Haftung des Täters für sein Verhalten, allein dadurch abweicht, dass der Täter sich in einem Arbeitsverhältnis befindet.

Ziel der Betrachtung ist nicht eine umfassende Gegenüberstellung der einzelnen nationalen Regelungsansätze zu verfassen, sondern die individuelle nationale Intention hinsichtlich der vorzunehmenden Haftungsbelastung darzulegen. Im Folgenden darf daher das Verschulden nicht als einheitlicher, den gleichen Wertungen unterliegender Maßstab betrachtet werden. Im Gegenteil sind die Begriffe Fahrlässigkeit und Vorsatz in ihrem jeweiligen länderspezifischen Kontext zu verstehen, der häufig auf sehr unterschiedlichen Haftungsverständnissen beruht.³⁸ Die Aussagekraft bezüglich der Wertung der Verantwortlichkeit von Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber ergibt sich jedoch bereits innerhalb der von den nationalen Rechtsordnungen verwendeten Begrifflichkeiten daraus, ob dem Arbeitnehmer grundsätzlich eine Haftungsentlastung zugebilligt wird. Trifft dies zu und wird diese Haftung an dem zutage getretenen Verschulden orientiert kann auch ohne auf die genauen Haftungsunterschiede zwischen den Ländern abzustellen eine Feststellung über die intendierte Haftungsbe- bzw. Haftungsentlastung des Arbeitnehmers getroffen werden.

Gegenstand der Untersuchung sind nur die Fälle, in denen der Haftungsumfang der Außenhaftung nicht aufgrund eines eigenen Verschuldens des Arbeitgebers beeinflusst wird.³⁹ Daher wird auch lediglich die Vikarhaftung, also die strikte Haftung⁴⁰ des Arbeitgebers analysiert.

Die Untersuchung der Haftungssituation und auch der Instrumente denen sich die Rechtsordnungen zur Erreichung der konkreten Regelung bedienen, soll die, dem nächsten Kapitel⁴¹ vorbehaltene, Analyse der Wertungsmotive erleichtern.

³⁸ Koziol in: Koziol (Hrsg.), Unification of tort law: wrongfulness, 129; so ist beispielsweise der Begriff der *faute* mit dem deutschen Verschuldensbegriff nicht vergleichbar. Während die *faute* im französischen Deliktsrecht, zumindest bei der unwissentlichen Schädigung, keinen Schuldvorwurf enthält, sondern formal objektiv eher als Rechtswidrigkeit zu interpretieren ist, stellt der deutsche Verschuldensbegriff neben der Pflichtverletzung auch auf die persönliche Verantwortung dafür ab: v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band 1, Rz. 68; Sonnenberger, in: Festschrift für Medicus, Leistungsstörung, positive Forderungsverletzung und Beweislast - rechtsvergleichende Bemerkungen, 632.

³⁹ In Deutschland wird eine solche Haftung für Verschulden *in viligence et elegendo* z.B. durch § 831 BGB festgeschrieben.

⁴⁰ Eine solche, auch objektive Haftung genannt, ist gegeben, wenn kein eigenes Verschulden des Arbeitgebers (Auswahl- oder Überwachungsverschulden) nachgewiesen werden muss, um die Haftung des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer zu erreichen, v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Rz. 338.

⁴¹ Siehe Kap. 3.

2.1 Volle Haftung des Arbeitnehmers

Sofern der Arbeitnehmer im Ergebnis uneingeschränkt für Schäden haftet, die er im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit verursacht hat, so entspricht dies zunächst der deliktischen Haftungsregel, dass nämlich der Schädiger für den verursachten Schaden einsteht. Eine Privilegierung des Arbeitnehmers aus dem Umstand heraus, dass er für einen anderen tätig war findet bei dieser Haftungsvariante nicht statt. Eine Vikarhaftung dient hier lediglich dem Dritten, der auf einen weiteren Schuldner zurückgreifen kann.

2.1.1 Frankreich

Nach französischem Recht wird der Umfang der Haftung des Arbeitnehmers auch durch prozessuale Bedingungen und Vorgehensweisen geprägt. Die Art und Weise der Geltendmachung beeinflusst den Umfang der Haftung, der der Arbeitnehmer letztendlich ausgesetzt ist.

Einigkeit besteht im französischen Rechtssystem hinsichtlich der Voraussetzungen einer verschuldensunabhängigen Haftung des Arbeitgebers (*commettant*). Grundvoraussetzungen sind in Anlehnung an Art. 1384 Abs. 5 Cc demnach, dass der Arbeitnehmer (*préposé*) ein Delikt begeht, für welches er verantwortlich ist und Schadenersatz zu leisten hat. Ferner muss der Schaden während seiner beruflichen Tätigkeit („*dans ses fonctions*“) entstanden sein und zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer muss zur relevanten Zeit ein Über- Unterordnungsverhältnis bestanden haben.

2.1.1.1 Umfang der Haftung bei alleiniger Inanspruchnahme des Arbeitnehmers durch den Dritten

Diese Haftung tritt jedoch nur dann ein, wenn der Geschädigte sie auch gegenüber dem Arbeitgeber geltend macht. Denn das Opfer allein ist zur Bestimmung des Gegners seines Ersatzanspruches berechtigt.⁴² Der Arbeitnehmer kann aber, wenn er allein in Anspruch genommen wird, weder auf den Arbeitgeber noch dessen Versicherung zurückgreifen.⁴³ Daher führt die Inanspruchnahme des Arbeitnehmers durch den Dritten regelmäßig dazu, dass der Arbeitnehmer das Haftungsrisiko alleine trägt, obwohl dies aufgrund des Insolvenzrisikos in der Praxis selten vorkommt.

Denn der Arbeitnehmer selbst hat, sofern er direkt in Anspruch genommen wird, dem Dritten den Schaden entweder gem. Art. 1382 Cc. oder Art. 1384 Absatz 1 Cc. zu ersetzen. Sofern der Arbeitnehmer dies getan hat, besteht keine Möglichkeit eine Rückerstattung der

⁴² *le Tourneau/ Cadiet*, Droit de la responsabilité, Para. 3546.

⁴³ *le Tourneau/ Cadiet*, Droit de la responsabilité, Para. 3546; Crim. 13. März 1973, D. 73, inf. 104; Civ. 2, 6. Februar 1974, D. 74. 409, n. Ph. Le Tourneau) ; *van Gerven/Lever/Larouche*, Tort Law, S. 470.

erbrachten Leistung von dem Arbeitgeber zu verlangen.⁴⁴

Eine Ausnahme hierzu besteht nur, wenn der Arbeitgeber das deliktische Verhalten des Arbeitnehmers verursacht hat (z.B. indem er den Auftrag für ein Handeln des Arbeitnehmers gegeben hat, welches dann direkt zu der Verletzung des Dritten führte), also eine eigene deliktische Zurechenbarkeit gegeben ist. Eine solche Haftung des Arbeitgebers bestimmt sich dann nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts und ist unabhängig von der Vikarhaftung.⁴⁵

2.1.1.2 Umfang der Haftung bei Inanspruchnahme des Arbeitgebers durch den Dritten

Die Inanspruchnahme des Arbeitgebers stützt sich auf die Vikarhaftung gem. Art. 1384 Abs. 5 Cc. Entgegen der früheren Rechtslage besteht nunmehr keine gesamtschuldnerische Haftung der Arbeitsparteien mehr.⁴⁶ Vielmehr verpflichtet der Arbeitsvertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber den letzteren zur Haftung für die Schäden, die der Arbeitnehmer in Ausführung seiner Arbeit verursacht – vorausgesetzt, er hält sich im Rahmen der ihm übertragenen Aufgaben. Nach einem neueren Arrêt des Kassationshofes haftet also ein Arbeitnehmer, der innerhalb der ihm von seinem Arbeitgeber aufgetragenen Aufgaben handelt, nicht für Schäden Dritter.⁴⁷ Die Haftung des Arbeitgebers entspringt (im Verhältnis zum Vertragspartner als Geschädigten) aus der Vertragspflicht, für geeignetes und genügendes Personal zur Erfüllung seiner Aufgaben zu sorgen.⁴⁸ Die Zivilkammer sieht hierin einen eigenen Anspruch des Geschädigten gegen den Arbeitgeber, nicht mehr nur einen Gläubigerbeitritt. Demnach kann der Arbeitgeber sich nicht mehr im Wege des Regresses an den Arbeitnehmer halten kann, sofern dieser nicht außerhalb der vertraglich festgelegten Dienstverpflichtungen gehandelt hat oder das eigentlich unabhängige Berufsbild des Arbeitnehmers dies nahe legt. Nunmehr ist der Arbeitgeber Hauptschuldner. Die direkte Inanspruchnahme des Arbeitnehmers ist allenfalls dann gerechtfertigt, wenn die Selbständigkeit der Tätigkeit des Arbeitnehmers seine persönliche Haftung nahe legt.⁴⁹ Eine Haftung des Arbeitnehmers aus Delikt besteht neben der des Arbeitgebers, sollte der Arbeitnehmer seine Befugnisse aus dem Arbeitsvertrag überschritten haben.

⁴⁴ Cour d'appel de Paris, Urteil vom 20.10.1934, Gaz.Pal. 1934.2.895; Encyclopédie Dalloz Civil, VII Pri-Seq., S. 40, Para. 426 ; Civ. 2. Urt. v. 8. Dez. 1966, Bull. civ. II, n° 957; Crim. Urt. v. 13 März 1973, D. 1973, I.R. 104.

⁴⁵ Encyclopédie Dalloz Civil, VII Pri-Seq., S. 40, Para. 427.

⁴⁶ So noch *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Deliktsrecht, 2 O 221-231 m.w.N; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 639 ff.

⁴⁷ Cour de Cassation, A.P. v. 25.02.2000, J.C.P. 2000, Ent.Aff., Actu., S. 388.

⁴⁸ Cour de Cassation, Civ. 1ère 14.10.1997, D. 1999, Somm., S. 391, obs. *J. Penneau*; Cour de Cassation, Civ. 1ère 26.05.1999, Dalloz, S. 719.

⁴⁹ Paris 25.02.1994; als Beispiel sei die Tätigkeit von angestellten Krankenhausärzten genannt.

Der Arbeitgeber haftet also ohne Verschulden, es gilt eine Verschuldensvermutung.⁵⁰ Diese Vermutung ist unwiderleglich; der Arbeitgeber kann sich von ihr nicht mit der Behauptung, keinen Fehler begangen zu haben, befreien.

Zum einen dient dies der Erhaltung des Betriebsfriedens. Fehlleistungen werden in der Praxis eher durch Kündigungen, als durch Regresse geahndet.⁵¹ Zum anderen kommt die Versicherung des Arbeitgebers zumeist für den Schaden auf. Dem Grunde nach steht die Versicherung gem. Art. L 121-2 Code des Assurances (Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 13.07.1930) für alle Schäden ein, die von Personen verursacht wurden, für die der Arbeitgeber gem. Art. 1384 des Cc die Verantwortung trägt - unabhängig vom Grad und der Natur ihres Verschuldens.⁵² Die Regressmöglichkeiten des Versicherers sind daher erheblich eingeschränkt: Art. L 212-12 Code des Assurances lässt zwar grundsätzlich die Regressrechte des Versicherungsnehmers, also des Arbeitgebers, auf die Versicherung übergehen. Doch gilt dies nur für „Dritte“. Da der Arbeitnehmer nicht als „Dritter“ in diesem Sinne zu betrachten ist, ist ein Rückgriff der Versicherung auf den Arbeitnehmer prinzipiell ausgeschlossen.⁵³ Eine Ausnahme gilt nach Art. L 121-12 Code des Assurances nur für *malveillance*, die vom *Cour de cassation* als Vorsatz verstanden wird: in diesem Fall kann die Versicherung von dem Arbeitnehmer Regress verlangen. Bei rein fahrlässigem Verhalten muss der Arbeitnehmer also nicht mit einem Rückgriff durch die Versicherung rechnen.⁵⁴

Übernimmt die Versicherung die Haftung für den vom Arbeitnehmer verursachten Schaden, kann der Arbeitgeber aber auch nicht mehr den Arbeitnehmer in Regress nehmen - selbst nicht für schweres Verschulden.⁵⁵ Aber auch wenn keine Versicherung für die Zahlung durch den Arbeitgeber aufkommt, ist der Fall eines Regresses des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer aufgrund des für den Arbeitnehmer drohenden Insolvenzrisikos sehr selten.⁵⁶

⁵⁰ Cass. Civ. 2e 25.11.1992, RTD civ. 1993.372 ; Enc. Dalloz Civil von 1999, Responsabilité du fait d'autrui, Band IX, Q-Soq, Rn. 176, S. 22.

⁵¹ Klameth, Schadensausgleich bei Arbeitsunfällen, 44.

⁵² „L'assureur est garant de pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes des ces personnes.“

⁵³ Encyclopédie Dalloz Civil, VII Pri-Seq., S. 41, Para. 446.

⁵⁴ Allerdings gilt diese Immunität nicht unter Versicherern: der Versicherer, der den Geschädigten entschädigt hat, kann nach neuerer Rechtsprechung die Haftpflichtversicherung des Arbeitnehmers in Regress nehmen (Civ. 1, 8. Dezember 1993, D 94. 235, n.B. Beignier).

⁵⁵ Encyclopédie Dalloz Civil, VII Pri-Seq., S. 41, Para. 446.

⁵⁶ Encyclopédie Dalloz Civil, VII Pri-Seq., S. 40, Para. 436.

2.1.1.3 Zwischenergebnis

Trotz der theoretischen Möglichkeit dem Arbeitnehmer eine umfassende Haftungsbelastung aufzubürden, wird diese aufgrund der anderen, die Schadenersstattung in weiterem Maße sichernden, Vorgehensweisen nicht ausgeschöpft. In der Praxis läuft es daher zumeist auf eine Haftung des Arbeitnehmers nur für vorsätzliches Verhalten hinaus.⁵⁷

2.1.2 England

Im Falle eines Schadens, den der Arbeitnehmer während seiner Tätigkeit⁵⁸ einem Dritten zufügt, haftet der Arbeitnehmer grundsätzlich voll für sein deliktisches Verhalten.⁵⁹ In diesem Rahmen kann der Dritte seine Schadenersatzforderung gegen ihn geltend machen. Der Haftungsgrund für die Haftung des Arbeitnehmers liegt im Deliktsrecht. Die Haftung richtet sich in der Regel nach dem Institut der *negligence*. Ein Anspruch hieraus setzt eine Sorgfaltspflicht des Schädigers (*duty of care*) gegenüber dem Geschädigten voraus. Diese muss durch ein Verhalten des Arbeitnehmers verletzt worden sein (*breach of duty*), durch die Sorgfaltspflichtverletzung muss ferner dem Geschädigten ein kausaler Schaden (*consequent damage*) entstanden sein.⁶⁰

In diesem Fall hat der Arbeitnehmer theoretisch die Möglichkeit, gegen den Arbeitgeber Regress zu nehmen. Denn der Arbeitnehmer, aus eigener Haftung, ist gemeinsam mit dem Arbeitgeber, aus der Vicarhaftung⁶¹, Gesamtschuldner („*joint tortfeasor*“).⁶² Als solcher hat er aus sec. 1 (1) *Civil Liability (Contribution) Act 1978* ein Rückgriffsrecht. Zwischen den Schuldern hat das Gericht die Anteile anhand des jeweils vorliegenden persönlichen Verschuldens und anhand einer Wertung des Anteils den das jeweilige Verhalten der Parteien an dem Schadenseintritt hatte, zu bestimmen. Typischerweise geht diese Abwägung jedoch zu Lasten des Arbeitnehmers aus, da eine schuldhafte Handlung im

⁵⁷ Siehe dort: 2.4.1.

⁵⁸ Haftungsvoraussetzung ist ebenfalls, dass zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Abhängigkeitsverhältnis besteht welches dieser Tätigkeit zugrunde liegt. Dieses ist gegeben, wenn der Arbeitnehmer (*servant*) seine Arbeitskraft gegen Lohn oder andere Vergütung zur Verfügung stellt, wenn er die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers (*master*) akzeptiert und die individuellen Vertragsbestimmungen nicht gegen das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprechen- *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd. V. Minister of Pensions and National Insurance* [1968] 2 Q.B. 497.

⁵⁹ *Selwyn*, *Selwyn's Law of employment*, 6.73.

⁶⁰ *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562, [1932] All ER 1, systematisch: *Jones*, *Textbook on Torts*, 23.

⁶¹ Voraussetzungen der „*vicarious liability*“ unter 2.4.2.

⁶² Die Haftung zwischen den Arbeitsparteien ist im Commonwealth ist grundsätzlich durch Vertrags- bzw. Deliktsrecht geregelt, *Savoie v. Bouchard* (1982), 23 C.C.L.T. 83 bei 109, aufrechterhalten (1983), 26 C.C.L.T. 173.

Rahmen der strikten Arbeitgeberhaftung nur auf Seiten des Arbeitnehmers gegeben ist.⁶³ In der Praxis wird somit ein Rückgriffsrecht zumeist nicht zugestanden, mit der Folge, dass der Arbeitnehmer im vollem Umfange für den entstandenen Schaden einzustehen hat. Das Bestehen der Vikarhaftung hat in dieser Konstellation daher kaum Auswirkung auf die Haftung des Arbeitnehmers.

In der Praxis ist diese Art der Inanspruchnahme jedoch irrelevant geworden, da aufgrund des obligatorischen Versicherungssystems⁶⁴ auf eine Klage gegen den Arbeitnehmer zugunsten einer Inanspruchnahme des Arbeitgebers oder der Versicherung verzichtet wird. Denn eine Haftungsfeststellung gegen den Arbeitnehmer ist im Zweifel aufgrund des Insolvenzrisikos desselben auch nicht aussichtsreich.

Neben der Haftung des Arbeitnehmers besteht eine eigenständige Haftungsgrundlage für die Vikarhaftung des Arbeitgebers aus dem Rechtsinstitut der „*vicarious liability*“.⁶⁵ Sie greift in den Fällen, in denen ein Dritter durch den Arbeitnehmer geschädigt wurde. Eine Inanspruchnahme des Arbeitgebers aus *vicarious liability* kann bei Ausübung von Rückgriffsrechten des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer theoretisch zu einer unbeschränkten Haftung des Arbeitnehmers führen. In der Praxis ist dies jedoch nicht der Fall, der Arbeitnehmer haftet im Ergebnis nur für vorsätzliches Verhalten.⁶⁶

2.1.3 Italien

Die Haftung des Arbeitnehmers ist in Italien nach der herrschenden Meinung unbeschränkt. Daneben haftet der Arbeitgeber aufgrund der Gefährdungshaftung gem. Art. 2049 Cc für die deliktischen Handlungen des Arbeitnehmers, wenn diese in Ausführung der auferlegten Pflichten erfolgen und das Verhalten eine unerlaubte Handlung darstellt.⁶⁷ Nicht erlaubt ist nach Art. 2043 Cc jede fahrlässige und vorsätzliche Schädigung eines anderen. Der Arbeitgeber hat jedoch ein volles Regressrecht gegenüber dem Arbeitnehmer gem. Art. 2055 Abs. 2, 3 und Art. 1298 Abs. 1 Cc, denn er haftet gem. Art. 2055 Abs. 1 Cc als Gesamtschuldner und kann aus diesem Rechtsverhältnis Regress für den Aufwand verlangen, der nicht durch eigenes Verschulden hervorgerufen wurde.⁶⁸ Rechtsprechung, die den Rückgriff gegen den Arbeitnehmer zumindest für leichteste Fahrlässigkeit auszuschließen suchte, hat die herrschende Meinung und Rechtsprechung nicht

⁶³ *Markesinis/Deakin*, Tort Law, 517.

⁶⁴ mehr zum Versicherungssystem unter 2.4.2.

⁶⁵ Zu den Voraussetzungen unten: 2.4.2.

⁶⁶ Ausführlich: 2.4.2.

⁶⁷ Tribunale Milano, 24.6.1996, [1997]Giur.comm., II, 466, mit Anmerkung Boicchio; Pretoria Varese, 4.3.1987, [1987] Informatzione prev. 1754; zur Ausfüllung dieser Kriterien: *Busnelli*, in: v. Bar (Hrsg.) Deliktsrecht in Europa, Italien, 24 f.

⁶⁸ Cass. Urt. v. 12. Febr. 1968, n. 471, Foro it. Mass. 1968 Nr. 471; Trib. Monza 13. Sept. 1988, Rep.gen. 1990, Sp. 3545, Nr. 125, v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Fn. 1206 m.w.N.

beeinflussen können.⁶⁹ Häufig geben hingegen die Gerichte dem durch den Arbeitgeber erbrachten Entlastungsbeweis statt, so dass es regelmäßig zu einer vollen Haftungsinanspruchnahme des Arbeitnehmers im Wege des Regresses kommt.⁷⁰

2.1.4 Österreich

Auch in Österreich ist die volle Haftung des Arbeitnehmers für sein Verhalten möglich. Es handelt sich hierbei jedoch um einen Ausnahmefall, welcher unter 2.2.4 im Kontext des gesamten österreichischen Haftungsrechtes näher erläutert wird. Die Haftung tritt hierbei nur dann ein, sofern der Arbeitnehmer im Falle einer Inanspruchnahme durch den Geschädigten ohne das Einverständnis des Arbeitgebers oder ohne ein rechtskräftiges Urteil⁷¹ dem Dritten den Schaden ersetzt.⁷² Diese verschärfte Haftung dient der Durchsetzung des Bedürfnisses der Transparenz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und wird auch in umgekehrter Richtung⁷³ angewandt. Es soll vermieden werden, dass sich eine Partei des Arbeitsverhältnisses zu Lasten der anderen mit dem Geschädigten abfindet und dadurch eine Belastung für den anderen schafft.⁷⁴

2.1.5 Portugal

Portugal hat die Vikarhaftung des Arbeitgebers in Art. 500 Abs. 1 Cc kodifiziert. Die Haftung tritt uneingeschränkt ein, sofern durch einen Verrichtungsgehilfen „in Ausführung der ihm anvertrauten Aufgaben“ ein Schaden verursacht wurde. Auf den Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers kommt es hierbei nicht an, Art. 500 Abs. 2 Cc. Der Geschädigte kann den Ersatz seines Schadens sowohl von dem Arbeitgeber als auch von dem Arbeitnehmer verlangen.⁷⁵ Sie haften demnach als Gesamtschuldner im Sinne des Art. 497 Abs. 1 Cc.

⁶⁹ v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Fn. 1208, m.w.N, trotz des umfänglichen Rückgriffsrechts herrscht in Italien die Praxis sich als Arbeitgeber gegen die Vicarhaftung zu versichern, denn die Gerichte sprechen regelmäßig hohe Schadenersatzbeträge zu, deren Rückzahlung an den Arbeitgeber durch den Arbeitnehmer in den meisten Fällen nicht gewährleistet ist. Die Versicherung gegen solche Schäden wird durch die steuerliche Begünstigung des versicherten Arbeitgebers durch den Staat gefördert.

⁷⁰ Busnelli/Comandé, Italy, in: Koch/Koziol (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Strict liability*, 218 [96].

⁷¹ Wird hingegen aufgrund eines rechtskräftigen Urteils geleistet, wurde zuvor aber nicht dem Arbeitgeber der Streit verkündet, so ist der Arbeitnehmer hinsichtlich seiner Regressrechte auf das prozessuale Vorbringen präkludiert.

⁷² So st. Rechtsprechung: OGH, Urt. v. 8.Nov.1977 und OGH, Urt. v. 22.11.1977 beide: DRdA 1979, 36, OGH, Urt. v. 13. März 1979, DRdA 1980, 154; dazu Schwarz, *Löschnigg, Arbeitsrecht*, 507, Fn. 330 m.w.N.

⁷³ Hierzu 2.5.

⁷⁴ siehe im Detail Kap. 2.2.4.

⁷⁵ Monteiro/Ramos/Hörster, in: v.Bar (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa, Portugal*, 15.

Art. 500 Abs. 3 Cc räumt dem Arbeitgeber mangels eigenem Verschulden ein volles Rückgriffsrecht gegen den Arbeitnehmer ein. Die Folge ist auch hier ein volles Einstehen des Arbeitnehmers für seine deliktischen Handlungen.

2.1.6 Spanien

Der spanische Código Civil (Cc) regelt die Haftung des Arbeitgebers in Art. 1903 Abs. 4 und Artikel 1784⁷⁶. Er haftet für Schäden die seine Arbeitnehmer im Rahmen ihrer Arbeit oder anlässlich ihrer Arbeit verschuldet haben.⁷⁷ Die zivilrechtliche Haftung für schuldhaftes Verhalten ergibt sich darüber hinaus auch aus § 19 i.V.m. § 22 des spanischen Código Penal (Cp). Hiernach haftet zivilrechtlich wer strafrechtlich haftet. Die Haftung von Unternehmen und Meistern für ihre Beschäftigten ergibt sich direkt aus § 22 Cp.

Die Haftung aus Art. 1903 Abs. 4 Cc entfällt jedoch gem. Art. 1903 Abs. 6 Cc, sofern der Arbeitgeber sich durch den Nachweis die „Sorgfalt eines guten Familienvaters angewendet“ zu haben exkulpieren kann.⁷⁸ Praktisch ist ein solcher Entlastungsbeweis jedoch aufgrund der strikten Rechtsprechung kaum zu führen. Lediglich der Nachweis, dass der Arbeitnehmer selbst ohne Verschulden handelte lässt gewöhnlich eine Verteidigung zu. Die Haftung ähnelt daher de facto nicht einer Haftung aus eigenem Verschulden des Arbeitgebers, sondern eher einer Vikarhaftung.⁷⁹ Nachdem der Arbeitgeber für den Schaden eingetreten ist besteht gem. Art. 1904 Cc. ein volles und uneingeschränktes Rückgriffsrecht gegen den Arbeitnehmer.⁸⁰

Der Dritte kann sich sowohl gegen den Arbeitnehmer aus Art. 1902 Cc als auch gegen den Arbeitgeber aus Art. 1903 Cc wenden. Die Rechtsprechung lässt hierbei eine Gesamtschuldnerschaft entgegen des Wortlautes der Art. 1137 und 1138 Cc zu, da diese Artikel, die einer gemeinschaftlichen Haftung entgegenstehen, auf deliktische Haftungen nicht anzuwenden sind.⁸¹ Aufgrund des Art. 1904 Cc hat jedoch nur der Arbeitgeber ein Rückgriffsrecht. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die Arbeitgeberhaftung lediglich der Verlagerung des Insolvenzrisikos vom Geschädigten auf den Arbeitgeber dient.

⁷⁶ Speziell für die Haftung für Angestellte und Diener von Gastwirten oder Wirtsleuten gegenüber Reisenden.

⁷⁷ Olea/Rodríguez-Sañudo, International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial relations, Spanien, Nr. 233.

⁷⁸ So auch: Adomeit/Frühbeck, Einführung in das spanische Recht, 75.

⁷⁹ v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Rn. 181, m.w.N.

⁸⁰ dies wird entgegen der traditionellen Sichtweise nunmehr von der h.M. so vertreten. Dies steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung der Gerichte, die Art. 1903 Abs. 4 als eine Art der Verschuldenshaftung handhaben, auch wenn diese durch die zuvor beschriebene Beweislastumkehr gegenüber dem Dritten in eine Gefährdungshaftung umschlägt.. Siehe m.w.N. Martin-Casals/Ribot/Solé, Spain, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, 290 [34]-[35].

⁸¹ Santdiumenge, in: v. Bar, Deliktsrecht in Europa, Spanien, 34, m.w.N.

2.2 Haftung des Arbeitnehmers für wenigstens leichte und mittlere Fahrlässigkeit

Die im folgenden aufgeführten Rechtsordnungen begründen eine Haftung des Arbeitnehmers in allen Fällen, in denen nicht nur leichteste Fahrlässigkeit (*culpa levissima*) gegeben ist. Bereits hier sind Unterschiede der Haftungshöhe nach zu verzeichnen, da einige Länder zwar eine Haftung des Arbeitnehmers bei jedem Verschuldensgrad bejahen, aber den Arbeitgeber daneben anteilig haften lassen. Andere Rechtsordnungen hingegen lassen den Arbeitnehmer außer bei der leichtesten Fahrlässigkeit im vollen Umfang haften.

2.2.1 Deutschland

Die Haftung des Arbeitgebers für seinen Arbeitnehmer setzt gem. § 831 BGB voraus, dass die Verletzungshandlung durch den Arbeitnehmer während einer durch den Betrieb veranlassten Tätigkeit geschehen ist. Die Tätigkeit muss aufgrund eines Arbeitsverhältnisses geleistet worden sein.⁸² Dem Grunde nach kann der Geschäftsherr im Rahmen der Haftung nach § 831 BGB einen Entlastungsbeweis erbringen.⁸³ Ihm steht es daher offen darzulegen, dass bei Auswahl, Anleitung und Überwachung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet wurde. Die Rechtsprechung hat jedoch diverse Instrumente entwickelt um die Möglichkeit der Haftungsentlastung durch den Arbeitgeber einzuschränken. Die Haftung des Geschäftsherrn wird daher unter anderem⁸⁴ auch dadurch verschärft, dass der Arbeitnehmer internen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber geltend machen kann.⁸⁵

Inwieweit der Arbeitnehmer im Innenverhältnis eine Haftungsbeschränkung geltend machen konnte war lange Zeit streitig. Der große Senat des BGH hat hier durch seine Entscheidung vom 24.09.1994⁸⁶ Klarheit geschaffen. Gegenstand des Urteils war die Frage ob die Haftungsbeschränkung, auf die sich der Arbeitnehmer zuvor lediglich im Falle einer gefahrgeneigten Arbeit berufen konnte, auf alle Arbeitssituationen übertragen lässt. Dies wurde bejaht.

Der Haftungsumfang allgemein richtet sich seitdem nach dem Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers. Dies bedeutet, dass nunmehr der Arbeitnehmer Schäden, die vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht wurden, zumeist⁸⁷ allein tragen muss, aber bei normaler

⁸² *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, § 52, Rn.50 mit näheren Erläuterungen in Rn. 51 ff.

⁸³ § 831 I S. 2 BGB.

⁸⁴ Haftungsverschärfungen treten auf bei der Haftung für „verfassungsmäßig berufene Vertreter“, bei Organisationsverschulden, bei vertraglicher Verbindung zwischen Arbeitgeber und Geschädigtem, oder versicherungsmäßiger Deckung der Haftpflicht des Arbeitnehmers. Näher hierzu: *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rz.287 ff.

⁸⁵ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rz.299.

⁸⁶ NZA 94, 1083= DB 94, 2237.

⁸⁷ Näher zur groben Fahrlässigkeit und vorsätzlichen Schädigungen unter 2.3.2.

Schuld der Schaden zwischen den Arbeitsparteien gequotelt wird.⁸⁸ Zuletzt hat bei geringer Schuld des Arbeitnehmers der Arbeitgeber den Schaden in der Regel allein zu tragen.

Liegt mittlere Fahrlässigkeit vor ist eine Schadensteilung unter Berücksichtigung aller Umstände vorzunehmen.⁸⁹ Solche Umstände sind u.a. die Vorhersehbarkeit des Schadens, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, die Versicherbarkeit oder Versicherung des Schadens, die Fehlerhäufigkeit des Arbeitnehmers, das Lebensalter, das Entgelt, die persönlichen Lebens- und Familienverhältnisse, die Art der Arbeit oder die Häufigkeit und Schwere der Gefahr.⁹⁰

Die Primärhaftung des Arbeitnehmers richtet sich hingegen nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts, insbesondere nach § 823 BGB.⁹¹ Sofern ein Dritter durch ein Verhalten des Arbeitnehmers verletzt wurde, besteht eine Gesamtschuldnerschaft von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.⁹² Der Kläger kann daher selbst entscheiden, wen er aus dem Unfallgeschehen in Anspruch nimmt. Die Haftung ist ihm gegenüber unbeschränkt.

Prozessual ergeben sich so mehrere Möglichkeiten. Nimmt der Geschädigte den Arbeitnehmer in Anspruch, so kann dieser bis zu seiner Haftungsgrenze bei dem Arbeitgeber Rückgriff nehmen. Dies kann er entweder durch eine Klage auf Freistellung durch den Arbeitgeber von der Verpflichtung oder indem er zunächst den Schaden begleicht und erst dann Rückgriff nimmt. Umgekehrt kann auch der Arbeitgeber, der zunächst den Schaden für seinen Angestellten beglichen hat sich bis zu dem ihm obliegenden Haftungsumfang an den Arbeitnehmer wenden und von ihm Beteiligung verlangen.⁹³ Werden beide als Gesamtschuldner in Anspruch genommen hat derjenige der den Gläubiger zuerst befriedigt ein Rückgriffsrecht gegen den anderen inne. Die Ausgleichsansprüche richten sich nach dem Institut des innerbetrieblichen Schadensausgleichs.⁹⁴

⁸⁸ Blomeyer in *Richardi/Wlotzke (Hrsg)*, Münchner Handbuch Arbeitsrecht Bd. 1, Individualarbeitsrecht, § 59, Rn. 40, 44, 50 ff.

⁸⁹ *Müller Glöge*, Münchner Kommentar zum BGB, § 611, Rz. 465.

⁹⁰ *Altemann*, Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung, 72, *Müller Glöge*, Münchner Kommentar zum BGB, § 611, Rz. 465.

⁹¹ Darüber hinaus kommt eine Haftung gem. § 826 BGB bzw. im Falle eines Verkehrsunfalls gem. § 18 StVG in Betracht, statt aller: *Busemann*, Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und Dritten, Rn. 82.

⁹² *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, § 52, Rn. 89. Eine echte Gesamtschuld gem. §§ 421 ff., 840 II BGB im Sinne einer ebenfalls bestehenden Primärhaftung des Arbeitgebers besteht nur im Falle, dass dieser selbst beispielsweise aufgrund vertraglicher Haftung oder Verschulden bei der Überwachung der Arbeitsprozesse gem. § 831 BGB haftbar ist - *Baumann*, Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten, BB 1990, 1833.

⁹³ Statt aller: *Busemann*, Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und Dritten, Rn. 82.

⁹⁴ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rz. 304. § 840 II BGB läuft insofern aufgrund des Freistellungsanspruchs des Arbeitnehmers leer, denn die Haftungszuweisung des Abs. 2 auf den Arbeitnehmer kann aufgrund des Anspruchs gegen den Arbeitgeber nicht mehr greifen; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rz. 299.

2.2.2 Griechenland

Die objektive Haftung des Arbeitgebers ist in Griechenland in Art. 922 ZGB festgeschrieben.⁹⁵ Voraussetzung für die Haftung des Arbeitgebers ist ein rechtswidriges Verhalten des Arbeitnehmers, das Bestehen eines Dienstverhältnis und die Schadenszufügung während der Ausführung des Dienstes.

Daneben haftet der Arbeitnehmer selbst gemäß des allgemeinen deliktischen Haftungsanspruchs, Art. 914 ZGB oder aufgrund speziellerer Haftungstatbestände. Arbeitgeber und Arbeitnehmer haften, sofern sie beide in Anspruch genommen werden als Gesamtschuldner.⁹⁶ Der Arbeitnehmer ist dabei der herrschenden Ansicht nach im Innenverhältnis uneingeschränkt haftbar, sofern dem Arbeitgeber kein eigenes Verschulden anzulasten ist. Dies ergibt sich aus einem Rückschluss aus Art. 926, 2. Alt i.V.m. 927 S. 2 ZGB.⁹⁷ Denn hiernach richtet sich die Aufteilung des Schadens im Innenverhältnis nach dem Maß des Verschuldens.⁹⁸ Ein solches ist dem Arbeitgeber jedoch bei der strikten Haftung grundsätzlich nicht nachzuweisen. Sofern aber zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, wie gewöhnlich, ein Vertragsverhältnis besteht, so unterliegt der Arbeitgeber der Fürsorgepflicht aus diesem Verhältnis. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer zumindest von Schäden die auf leichter Fahrlässigkeit beruhen befreit werden muss.⁹⁹

2.2.3 Niederlande

Der Regel nach haftet der Arbeitnehmer im niederländischen Recht lediglich für Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit.¹⁰⁰

Gem. Art. 6:170 Abs. 3 BW kann hiervon jedoch im Ausnahmefall unter Berücksichtigung der speziellen Umstände abgewichen werden.¹⁰¹ Eine solche Ausnahme liegt beispielsweise vor, wenn der Arbeitnehmer gewöhnlich oder häufig durch leichte Fahrlässigkeit Schäden verursacht. Dann mag auch in solchen Fällen ausnahmsweise eine Haftung auch für den Fall gegeben sein, dass der Arbeitnehmer lediglich fahrlässig handelt.

⁹⁵ hierzu und zu dem generellen Verständnis Gefährdungshaftung im griechischen Recht: Kereameus, Greece, in: *Koch/Koziol* (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Strict liability*, 177.

⁹⁶ *Vrellis*, in: *v. Bar* (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa, Griechenland*, 19-21.

⁹⁷ *v. Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Fn. 1205, m.w.N.

⁹⁸ *Vrellis*, in: *v. Bar* (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa, Griechenland*, 21.

⁹⁹ *Funck*, *Praxis des griechischen Arbeitsrechts*, 18 f.

¹⁰⁰ Siehe ausführlich: 2.3.4

¹⁰¹ Näher auch: *Hartkamp* in: *Chorus u.a.* (Hrsg.), *Introduction to Dutch Law*, 135 f.; *Hondius/ Van Dam*, in: *v. Bar* (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa, Niederlande*, 11 f.

2.2.4 Österreich

Österreich hat die Haftung des Arbeitgebers für einen Schaden, den der Arbeitnehmer einem Dritten zugefügt hat, kodifiziert. Die Regelung findet sich in den §§ 1313a bis 1316 ABGB. Darüber hinaus bestehen spezielle Haftungstatbestände in den §§ 9 und 19 Abs. 2 EKHG, §§ 19 und 29 b LuftVG, §§ 28 und 35 Abs. 3 AtomHG, §§ 187 und 189 BergG sowie §§ 970 ff. ABGB.

Voraussetzung für die Haftung des Arbeitgebers ist, dass sich der Arbeitgeber des Arbeitnehmers bedient. Für seinen Erfüllungsgehilfen haftet der Arbeitgeber dann wie für eigenes Verschulden, für seinen Besorgungsgehilfe¹⁰² haftet er nur, wenn der Arbeitgeber sich eines untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person bedient hat.¹⁰³ Weiterhin muss, nach den allgemeinen deliktischen Rechtsgrundsätzen¹⁰⁴ der Schaden schuldhaft und rechtswidrig durch den Arbeitnehmer verursacht worden sein.

Sofern der Arbeitnehmer den Schaden „bei Erbringung seiner Dienstleistungen“ verursacht hat und dieser in einem ursprünglichen Zusammenhang zu der Dienstleistung steht, sind hinsichtlich des Umfangs der Haftung im Innenverhältnis §§ 3 und 4 Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DNHG) anwendbar.¹⁰⁵ § 3 DNHG regelt die Haftung des Arbeitnehmers bei Inanspruchnahme desselben durch den Dritten. § 4 DNHG bezieht sich auf die Inanspruchnahme des Arbeitgebers durch den Dritten. Im Ergebnis unterscheidet sich der Umfang der Haftung des Arbeitnehmers jedoch nicht dadurch, dass der Dritte den einen oder anderen Weg wählt. Im ersten Fall wird dem Arbeitnehmer nach Befriedigung des Geschädigten ein Rückgriffsrecht gegen den Arbeitgeber eingeräumt, § 3 Abs. 2 DNHG.¹⁰⁶ Im zweiten dem Arbeitgeber nach Befriedigung des Dritten ein Regressrecht gegen den Arbeitnehmer zugestanden, § 4 Abs. 2 DNHG.¹⁰⁷

Die Voraussetzungen für ein Rückgriffsrecht sind prozessualer und materieller Natur.

Sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber sind verpflichtet dem jeweils anderen über die Inanspruchnahme zu informieren. Wird der Arbeitgeber von einem Dritten zum Schadensersatz in Anspruch genommen, so hat er dem Arbeitnehmer unverzüglich davon Mitteilung zu machen. Ist vom Dritten bereits Klage erhoben worden muss dem

¹⁰² Im Detail zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Besorgungsgehilfenhaftung gem. § 1315 ABGB, insbesondere des notwendigen, aber schwierigen Nachweises einer „habituellen Untüchtigkeit“ des Gehilfen und Lösungsansätze hierzu, v. Bar, gemeineuropäisches Deliktsrecht, Rz. 183 f.

¹⁰³ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht, 506.

¹⁰⁴ §§ 1293 ff. ABGB.

¹⁰⁵ Berger, Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht, 34 f.

¹⁰⁶ Zu einer weiteren sozialen Sicherung des Arbeitnehmers führt auch die Tatsache, dass in Österreich Freistellungs- und Regressansprüche unter das Insolvenzentgeltsicherungsgesetz fallen, Beckers, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 185. Danach wird der Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers durch eine Ausfallgarantie vor dem Konkursrisiko des Arbeitgebers abgesichert.

¹⁰⁷ Strassner in: International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial relations, Austria, Nr. 186 f.

Arbeitnehmer der Streit verkündet werden.¹⁰⁸ Unterlässt der Arbeitgeber es, dem Arbeitnehmer den Streit zu verkünden, so verliert er zwar nicht die Möglichkeit zum Regress, doch kann ihm der Arbeitnehmer alle gegen den Dritten nicht vorgebrachten Einwendungen entgegensetzen.¹⁰⁹ Seiner Regressmöglichkeiten geht der Arbeitgeber allerdings verlustig, wenn er ohne das Einverständnis des Arbeitnehmers oder ohne ein rechtskräftiges Urteil dem Dritten den Schaden ersetzt.¹¹⁰ Diese unterschiedliche Behandlung der Regressansprüche des Arbeitgebers, je nachdem, ob er ohne Einverständnis des Arbeitgebers oder ohne Streitverkündung dem Dritten Ersatz leistet, ergibt sich nach der Rechtsprechung des OGH bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes.¹¹¹ Gleiches gilt umgekehrt für die Regress- und Freistellungsansprüche des Arbeitnehmers.¹¹² Ein Großteil der Rechtslehre vertritt allerdings die Ansicht, dass der Regressanspruch auch dann bestehen bleibt, wenn ohne das Einverständnis des Verpflichteten geleistet werde. Somit solle eine unsachgemäße Benachteiligung desjenigen vermieden werden, der sich mangels des Einverständnisses verklagen lassen müsse.¹¹³

Der Umfang des jeweiligen Rückgriffsrechtes richtet sich in der Sache nach dem Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers. Bei entschuldbaren Fehlleistungen, der *culpa levissima*, ist eine Haftung des Arbeitnehmers nicht gegeben.¹¹⁴ Der Arbeitgeber hat für den gesamten Schaden einzustehen, §§ 3 III bzw. 4 III DNHG.¹¹⁵

Sofern der Schaden durch ein Versehen, also leichte und grobe Fahrlässigkeit, des Arbeitnehmers verursacht wurde, kann die Haftung des Arbeitnehmers nach richterlichen Ermessen gemindert werden.¹¹⁶ Es kommt dabei zu einer Quotelung des

¹⁰⁸ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht, 506.

¹⁰⁹ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht, 507, umgekehrt kann der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber im Falle der Kenntnis des Prozesses später keine Einwendungen gegen den Arbeitgeber/Arbeitnehmer vorbringen, die er hätte im Prozess darlegen können. Hierbei reicht die reine Darlegungsmöglichkeit als Präklusionsgrund aus, so z.B. entschieden in: OGH, Urteil v. 26.3.1997, Geschäftszahl 19ObA46/97y.

¹¹⁰ So st. Rechtsprechung: OGH, Urt. v. 8.Nov.1977 und OGH, Urt. v. 22.11.1977 beide: DRdA 1979, 36, OGH, Urt. v. 13. März 1979, DRdA 1980, 154; dazu Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht, 507, Fn. 329 m.w.N.

¹¹¹ Vgl. Schwarz/Löschnigg, 507, Fn. 330 m.w.N.

¹¹² Dittrich/Tardes, Angestelltengesetz, § 3 E2.

¹¹³ Berger, Rechtsfragen des DHG, DRdA 1978, 95; Dittrich, Zum Regreßanspruch nach dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, ZVR 1977, 228 f., Mayer-Maly/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 90; vgl. hierzu Schwarz/Löschnigg, 508, Fn. 331

¹¹⁴ Mayer-Maly, Die Wiederkehr der culpa levissima, AcP Bd. 163 (1964), 125 ff.; Tomandl, Arbeitsrecht 2, 186.

¹¹⁵ § 2 Abs. 3 DNHG, Dittrich/Tardes, Angestelltengesetz, § 2 E1 ff. mit Rechtsprechungsübersicht; Berger, Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht, 35.

¹¹⁶ Hier und bei allen anderen Verschuldensstufen greifen die Kriterien des § 2 DNHG ein, der grundsätzlich das Haftungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer regelt, Mayer-Maly/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht, 90.

Haftungsumfanges. Weiterhin steht es dem Gericht offen unter Beachtung der besonderen Umstände den Schadenersatz durch den Arbeitnehmer ganz zu erlassen.¹¹⁷

Das Maß der Ermäßigung richtet sich nach den Kriterien des § 2 II DNHG. Eine Ermäßigung nach § 2 II DNHG wird vom Gericht nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalles durchgeführt. Abgestellt wird hierbei gem. § 2 II DNHG unter anderem auf¹¹⁸

1. das Ausmaß der mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenen Verantwortung. Die Eigenständigkeit und Verantwortung des Arbeitnehmers im Bereich seiner Arbeitsaufgabe beeinflusst die Haftungssituation. Je mehr Verantwortung der Arbeitnehmer trägt, desto mehr steht dies einer Haftungsminde rung entgegen.
2. die Bemessung des Entgelts. So wird darauf geachtet ob ein mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenes Wagnis berücksichtigt worden ist. Das in-Verhältnis-setzen des mit der Tätigkeit verbundenen Risikos und des Lohnes soll vor allem den unqualifizierten und gering bezahlten Arbeitnehmer vor einer Haftung für hohe Schäden schützen. Eine Lohnzulage wirkt sich hier für eine Haftungsminde rung nachteilig aus.
3. den Grad der Ausbildung des Arbeitnehmers. Eine hohe Qualifikation führt zu einem höheren Haftungsrisiko des Arbeitnehmers.
4. die Bedingungen, unter denen die Dienstleistung zu erbringen war.
5. die Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts. Dieses wie auch das zuvor genannte Kriterium soll eine Berücksichtigung der Schadensgeneigtheit der Arbeit ermöglichen. Der Gefahrneigung bestimmter Tätigkeiten soll damit Rechnung getragen werden.

Darüber hinaus können auch andere Billigkeitserwägungen durch das Gericht angestellt werden. Der Schwerpunkt der Betrachtung liegt dessen ungeachtet auf dem Schweregrad des Verschuldens des Arbeitnehmers.

2.3 Haftung des Arbeitnehmers für grobes Verschulden und Vorsatz

Die Haftung für grobes Verschulden und Vorsatz ist weit verbreitet. Auch hier sind neben der uneingeschränkten Haftung des Arbeitnehmers für grob fahrlässige und vorsätzliche Delikte Variationen der Haftung gegeben, sei es dass hinsichtlich des Haftungsumfanges zwischen grober Fahrlässigkeit und Vorsatz unterschieden wird oder dass Quotelungen durchgeführt werden.

¹¹⁷ *Berger*, Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht, 35.

¹¹⁸ zu den Billigkeitserwägungen deren Kriterien bereits auch in § 2 Abs. 2 DNHG aufgeführt sind: *Berger*, Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht, 35; *Mayer-Maly/Marhold*, Österreichisches Arbeitsrecht, 88.

2.3.1 Dänemark

Dänemark regelt die Außenhaftung des Arbeitnehmers gesetzlich. Hierbei werden zwei Fälle unterschieden. Der erste betrifft die Haftungssituation bei Abschluss einer Versicherung. § 19 Abs. 3 EAL (Gesetz über die Verpflichtung zum Schadenersatz¹¹⁹) legt fest, dass der Arbeitnehmer nicht für Schäden aufzukommen hat, sofern er nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. In diesen Fällen hat die Versicherung für den Schaden einzustehen.¹²⁰

Sofern keine Versicherung abgeschlossen wurde, ist der Arbeitgeber neben dem Arbeitnehmer gemäß dem in Buch 3-19-2 Dänisches Gesetzbuch¹²¹ niedergelegten allgemeinen Schadenersatzgrundsatzes haftbar. Arbeitnehmer und Arbeitgeber treten in diesem Falle nach einem ungeschriebenen Rechtsgrundsatz für den durch den Arbeitnehmer herbeigeführten Schaden als Gesamtschuldner ein.¹²² Voraussetzung ist das Vorliegen einer unerlaubten Handlung des Arbeitnehmers. Diese muss im Zusammenhang mit einem Arbeitsauftrag erfolgt sein und zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer muss ein Über/Unterordnungsverhältnis bestehen.¹²³ Sofern der Dritte den Arbeitgeber in Anspruch nimmt, legt § 23 Abs. 1 EAL fest, dass ein Rückgriff des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer nur dann möglich ist, wenn dies unter Berücksichtigung des Einzelfalles der Billigkeit entspricht. Maßgeblich ist dabei der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und alle sonstigen Umstände die für die Haftung relevant sind.¹²⁴ Als Regel kann daher angesehen werden, dass der Arbeitgeber keinen Rückgriff nehmen soll. Ein erfolgreicher Regress ist desto unwahrscheinlicher je weniger der Arbeitnehmer sich zu Schulden kommen lassen hat.¹²⁵ Formal kann daher in solchen Fällen darauf abgestellt werden, ob grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz auf Seiten des Arbeitnehmers vorliegen.¹²⁶

Ferner kann der Arbeitnehmer, sofern ausnahmsweise er den Dritten entschädigt, gem. § 23 Abs. 2 Satz 2 EAL Regress gegenüber dem Arbeitgeber nehmen. Der Umfang entspricht dabei der Haftpflicht des Arbeitgebers nach § 23 Abs. 1 EAL.¹²⁷ Dies ist immer

¹¹⁹ Gesetz Nr. 223 vom 23. Mai 1984.

¹²⁰ *Jacobson/Hasselbalch*, International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial relations, Denmark, Nr. 161.

¹²¹ vom 15. April 1683.

¹²² *Nørgaard/Vagner*, in: v. Bar (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Dänemark, 26; *Dübeck*, Einführung in das dänische Recht, 231.

¹²³ *Nørgaard/Vagner*, in: v. Bar (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Dänemark, 8 f.

¹²⁴ *Dübeck*, Einführung in das dänische Recht, 229.

¹²⁵ *Iversen*, Danish Business Law, 86 f.

¹²⁶ *Jacobson/Hasselbalch*, International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial relations, Denmark, Nr. 162

¹²⁷ *Nørgaard/Vagner*, in: v. Bar (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Dänemark, 10.

dann der Fall, wenn keine vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlung gegeben ist.¹²⁸

2.3.2 Deutschland

Wie bereits dargestellt¹²⁹ haftet der deutsche Arbeitnehmer gestuft. Im Falle der groben Fahrlässigkeit und des Vorsatzes haftet er dem Grunde nach uneingeschränkt.¹³⁰ Eine Haftungsbegrenzung kommt diesbezüglich nur im Rahmen der groben Fahrlässigkeit in Betracht, sofern es aufgrund der Umstände im Einzelfall geboten erscheint.¹³¹ Diese Beschränkung der Haftung bei grober Fahrlässigkeit hat bereits weite Praxis in der Rechtsprechung gefunden.¹³² Die Haftungsreduzierung ist anhand der zuvor¹³³ genannten Kriterien zu ermitteln.¹³⁴ Im übrigen haftet der Arbeitnehmer im vollen Umfange für den Schaden.

2.3.3 Frankreich

Wie bereits zuvor¹³⁵ erläutert, wird der Umfang der Haftung durch unterschiedliche Rechtsprechungslinien und die Schuldnerwahl des Geschädigten bestimmt.

Nimmt der Geschädigte den Arbeitnehmer direkt in die Haftung, ist keine Haftungsbeschränkung gegeben. Wird der Arbeitgeber in Anspruch genommen kann dieser aus dem Arbeitsvertrag heraus klagen, um bei Nachweis einer Arbeitsvertragsverletzung durch den Arbeitnehmer seinen Schadenersatz zu erhalten.¹³⁶ In der Praxis nehmen Arbeitgeber nur selten Rückgriff in dieser Haftungssituation, da meist die Versicherung des Arbeitgebers für den Schaden aufkommt.¹³⁷ Gewöhnlich sind

¹²⁸ *Jacobson/Hasselbalch*, International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial relations, Denmark, Nr. 162.

¹²⁹ 2.2.1.

¹³⁰ *Blomeyer* in: *Richardi/Wlotzke (Hrsg.)*, Münchner Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Bd.1, § 60, Rn. 42 f.

¹³¹ BAG GS Urt. v. 25.9.1957 AP Nr. 4 zu § 898,899 RVO; Urt. v. 18.1.1972 AP Nr. 69 zu § 611 BGB; *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, § 52, Rn. 53 m.w.N.

¹³² *Hanau/Rolfs*, Abschied von der gefahrgeneigten Arbeit, NJW 1994, 1439, 1442.

¹³³ 2.2.1.

¹³⁴ Die Praxis der Gerichte geht dabei mehr und mehr in Richtung einer Quotelung der Haftung, die sich nach dem Einkommen des Arbeitnehmers richtet. Bei grober Fahrlässigkeit wird zumindest bei den LAGen Köln und Nürnberg eine Belastung des Arbeitnehmers mit ein bis drei Monatsgehältern praktiziert. Damit kommt die Rechtsprechung einer summenmäßigen Begrenzung der Haftung bereits sehr nahe - *Hanau/Rolfs*, Abschied von der gefahrgeneigten Arbeit, NJW 1994, 1439, 1442.

¹³⁵ siehe genauer: 2.1.1.

¹³⁶ Näher 2.1.1.2.

¹³⁷ zur Versicherung genauer: 2.1.1.

Arbeitgeber gegen die zivilrechtliche Inanspruchnahme wegen eines Deliktes ihres Arbeitnehmers versichert. Aber auch wenn keine Versicherung für den Schadenersatz aufkommt, ist der Fall eines Regresses des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer aufgrund des für den Arbeitnehmer drohenden Insolvenzrisikos äußerst selten.¹³⁸ Diese Möglichkeit ist daher eher theoretischer Natur.

2.3.4 Niederlande

Die Haftung des Arbeitgebers ergibt sich direkt aus Art. 6:170 Abs. 1 BW Vorausgesetzt wird ein Dienstverhältnis. Der im Rahmen des Dienstverhältnisses erteilte Auftrag muss das Risiko des Fehlereintritts erhöht haben. Ferner wird die Weisungsbefugnis des Dienstgebers für das Verhalten, welches den Schaden verursacht hat, vorausgesetzt. Zusätzlich muss ein Fehlverhalten des Untergebenen vorliegen. Diese sehr weite Haftung wird für den Fall eingeschränkt, dass der Dienst nicht für das Gewerbe oder den Beruf einer natürlichen Person erfolgte. Sodann haftet der Dienstgeber lediglich wenn der Untergebene bei der Durchführung der aufgetragenen Arbeiten einen Schaden herbeiführt, Art. 6:170 Abs. 2 BW.¹³⁹

Daneben haftet der Arbeitnehmer direkt aus Art. 6:162 Abs. 1 BW nach dem allgemeinen Haftungsrecht für die schuldhafte Verursachung eines Schadens.

Im Innenverhältnis legt Art. 6:170 Abs. 3 BW fest, dass der Arbeitnehmer nur dann den Schadenersatz mitzutragen hat, sofern dieser vorsätzlich oder „bewusst fahrlässig“ gehandelt hat. Allerdings kann im Einzelfall im Rahmen leichter Fahrlässigkeit auch anders entschieden werden.¹⁴⁰ Ferner kann die Limitierung des Regressrechts durch Vertrag abgedungen werden, sofern der Arbeitnehmer gegen das Risiko versichert ist.¹⁴¹

2.3.5 Österreich

Nach österreichischem Recht unterliegt die Haftung des Arbeitnehmers zum Teil einer Quotelung.¹⁴² Liegt grobe Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers vor, so kann das Gericht die Schadenersatzpflicht aus Gründen der Billigkeit ermäßigen. Die Erwägungen sind hierbei die selben wie bei einer Mäßigung der Ersatzpflicht im Rahmen leichter Fahrlässigkeit.¹⁴³

¹³⁸ Encyclopédie Dalloz Civil, VII Pri-Seq., S. 40, Para. 436.

¹³⁹ Hierzu auch: *Hartkamp* in: *Chorus* u.a. (Hrsg.), Introduction to Dutch Law, 135 f; *Hondius/ Van Dam*, in: *v. Bar* (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Niederlande, 11 f.

¹⁴⁰ Siehe hierzu: 2.2.3.

¹⁴¹ *du Perron/van Boom*, Netherlands, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, 231 [20].

¹⁴² Für leichte Fahrlässigkeit - siehe 2.2.4.

¹⁴³ Auch hierzu 2.2.4 a.E.

Anders als bei leichter Fahrlässigkeit ist jedoch ein vollständiger Erlass der Schadenersatzpflicht bei grober Fahrlässigkeit nicht möglich.¹⁴⁴

Bei vorsätzlichem Verhalten des Arbeitnehmers ist seine Haftung uneingeschränkt.¹⁴⁵ Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber im Falle der Befriedigung des Dritten vollen Regress gegen den Arbeitnehmer nehmen kann, auf der anderen Seite aber kein Ersatzanspruch gegen den Arbeitgeber besteht, sofern der Arbeitnehmer selbst bereits für den Schaden aufgekomen ist.

Auch wenn eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen wurde haftet im Ergebnis der Arbeitnehmer für grob fahrlässiges und vorsätzliches Verhalten. Dieses begründet nämlich die „Leistungsfreiheit“ des Versicherers. Die Versicherung kommt zwar grundsätzlich gem. § 151 Abs. 1 VersVG für alle Sachschäden auf, die ein Arbeitnehmer in Ausübung seiner dienstlichen Verrichtung verursacht. Ein Regress des Versicherers gegenüber dem Arbeitnehmer ist jedoch möglich. Dieser kann sich im Gegenzug bei Vorliegen der Voraussetzungen auf § 3 DNHG¹⁴⁶ berufen und so einen eigenen Rückgriff gegen den Arbeitgeber nehmen.¹⁴⁷

Nichtsdestotrotz hat die Versicherung in jedem Fall gem. § 158 c VersVG dem Dritten gegenüber einzustehen, so dass das Insolvenzrisiko im Falle einer bestehenden Versicherung von dem Arbeitnehmer auf die Versicherung selbst verlagert wird.

2.3.6 Schweden

Auch in Schweden haftet der Arbeitgeber gem. § 3:1 Abs. 1 SKL¹⁴⁸ für das deliktische Verhalten des Arbeitnehmers.¹⁴⁹ Diese Haftung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer sorgfaltswidrig gehandelt hat und diese Sorgfaltswidrigkeit während der Verrichtung der Arbeit einem Dritten einen Schaden verursacht hat.¹⁵⁰ Gegenüber dem Dritten steht der Arbeitgeber uneingeschränkt ein, sogar für vorsätzliches oder strafbares Verhalten des Arbeitnehmers.¹⁵¹ Der Umfang der Haftung kann jedoch gem. § 3:6 SKL gemindert werden, wenn dies „unter Berücksichtigung bestehender Versicherungen oder

¹⁴⁴ Berger, Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht, 35.

¹⁴⁵ Hier greifen die Regelungen des allgemeinen Deliktsrechts, §§ 1293 ff. ABGB. Tomandl, Arbeitsrecht 2, 182.

¹⁴⁶ § 2 DNHG ist hingegen nicht anwendbar, denn der Anspruch der Versicherung beruht nicht auf dem Arbeitsrecht, sondern entspringt dem Versicherungsrecht, so dass § 2 DNHG gegenüber der Versicherung von dem Arbeitnehmer nicht angeführt werden kann. Dazu: Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht, 508, 510.

¹⁴⁷ Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht, 509 f.

¹⁴⁸ Schadenersatzgesetz, Gesetz vom 2. Juni 1972 (SFS 1972:207/1975:404).

¹⁴⁹ Fahlbeck, Labour Law in Sweden, 36.

¹⁵⁰ Witte, in: v. Bar (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Schweden, 29.

¹⁵¹ Ring/Olsen Ring, Einführung in das skandinavische Recht, Rn. 354.

Versicherungsmöglichkeiten angemessen ist“.

Das Regressrecht des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer ergibt sich aus § 4:1 SKL. Hiernach haftet der Arbeitnehmer nur für Versehen oder Versäumnis, was als grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz verstanden wird.¹⁵² Diese Haftung gilt auch direkt gegenüber dem geschädigten Dritten. Der Geschädigte kann gegen beide Parteien des Arbeitsverhältnisses als Gesamtschuldner, § 6:3 SKL, vorgehen.¹⁵³ Bei drohendem unverhältnismäßigen Schaden kann die Haftung gem. § 6:2 SKL gemindert werden, dabei sind die Interessen des Ersatzpflichtigen und des Geschädigten gegeneinander abzuwägen.

Das schwedische Recht lässt das Anliegen der Freistellung des Arbeitnehmers von der Haftung erkennen.¹⁵⁴ Dies ergibt sich zum einen aus der weiten Haftung des Arbeitgebers im Rahmen seiner Vicarhaftung und zum anderen aus dem Umstand, dass dieser das Risiko seiner Haftung für deliktisches Verhalten seines Arbeitnehmers durch eine Versicherung absichern muss.¹⁵⁵

2.4 Haftung des Arbeitnehmers nur für vorsätzliches Verhalten

Die Haftung nur für vorsätzliches Verhalten stellt einen Ausnahmefall dar. Beachtenswert ist, dass diese restriktive Haftung jeweils an ein Versicherungssystem geknüpft ist.

2.4.1 Frankreich

In der Regel haftet der Arbeitnehmer in Frankreich nur aufgrund vorsätzlichen Verhaltens. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Arbeitgeber versichert war. Wie zuvor¹⁵⁶ erläutert kann die Versicherung gem. Art. 36 Abs. 3 *Loi no 121-2 Code des assurances*, sofern sie einmal für einen Schaden eingetreten ist, nur bei Vorsatz (*malveillance*¹⁵⁷) Rückgriff bei dem Arbeitnehmer nehmen. Fahrlässiges Verhalten lässt hingegen keinen Regress zu.

¹⁵² v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Rz. 205, Fn. 1207.

¹⁵³ Näher zum Umfang der Geltendmachung des Anspruchs: Witte, in: v. Bar (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa, Schweden*, 32.

¹⁵⁴ Witte, in: v. Bar (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa, Schweden*, 30.

¹⁵⁵ Witte, in: v. Bar (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa, Schweden*, 28. Zum insgesamt umfangreichen Versicherungssystem und der damit erreichten guten Absicherung des Arbeitsverhältnisses allgemein: Bengtsson, *Swedish Law*, 161 f.

¹⁵⁶ 2.1.1.

¹⁵⁷ Civ 1., 5 Jan. 1970, *Dalloz* 1970, 185.

2.4.2 England

Die Vikarhaftung des Arbeitgebers hängt von drei Voraussetzungen ab.¹⁵⁸ Zunächst muss ein Dritter durch ein deliktisches Verhalten des Arbeitnehmers einen Schaden erlitten haben.¹⁵⁹ Hier reicht jedes deliktische Handeln aus, um eine Haftung des Arbeitgebers auszulösen. Eine Haftung kann sich beispielsweise ergeben, wenn der Arbeitnehmer sich Überfall, Brandstiftung¹⁶⁰, Besitzstörungen¹⁶¹, Betrug¹⁶² oder jedes andere Fehlverhalten hat zuschulden kommen lassen.¹⁶³ Ferner muss zwischen dem deliktisch Handelnden und dem in die Haftung Genommenen ein Arbeitsverhältnis bestehen.¹⁶⁴ Das Delikt muss zuletzt auch von dem Arbeitnehmer während der Arbeit (*in course of employment*) verübt worden sein.¹⁶⁵

Der Arbeitgeber kann die aufgrund seiner Vikarhaftung geleistete Entschädigung von dem Arbeitnehmer ersetzt verlangen, sofern dieser in Verletzung seiner Arbeitspflichten gehandelt hat. In diesem Fall kann der Arbeitgeber aus dem Arbeitsvertrag gegen den Arbeitnehmer vorgehen, wenn der ihm entstandene Schaden nicht zu entfernt von der Vertragsverletzung ist.¹⁶⁶ Der Arbeitnehmer ist durch den Arbeitsvertrag verpflichtet mit angemessener Sorgfalt zu handeln. Dieser Sorgfaltsmaßstab richtet sich nach dem Verhalten eines „vernünftigen Menschen“ („*reasonable man*“), wobei es Sache der Gerichte ist, zu beurteilen was dies im Einzelfall bedeutet.¹⁶⁷

Dass und in welchem Maße der Arbeitnehmer zuvor deliktisch handelte beeinflusst den

¹⁵⁸ Zusammenfassend auch *van Gerven/Lever/Larouche*, Tort Law, S. 475 ff.

¹⁵⁹ *Markesinis/Deakin*, Tort Law, 507.

¹⁶⁰ *Photo Production Ltd v. Securior Ltd* [1980] A.C. 827, 846, 852.

¹⁶¹ *League Against Cruel Sports v. Scott* [1986] Q.B. 240.

¹⁶² *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716.

¹⁶³ *Rose*, „Liability for an Employees Assaults“ (1977) 40 M.L.R., 420.

¹⁶⁴ Zu den Merkmalen, die ein Bestehen des Arbeitsverhältnisses anzeigen: *Heuston/Buckley*, Salmond & Heuston on the Law of Torts, 21.3., 434.

¹⁶⁵ Hierzu und zu den übrigen Voraussetzungen u.a.: *Markesinis/Deakin*, Tort Law, 508, *Mullis/Oliphant*, Torts, 288, *Rogers*, Winfield and Jolowicz on Tort, 592 ff; *Williams*, Vicarious Liability and the Master's Indemnity, MLR 20 (1957), 220 ff; *Donndorf*, Die Haftung des fahrlässigen Arbeitnehmers im englischen Recht, 93 ff.

¹⁶⁶ *Heuston/Buckley*, Salmond & Heuston on the Law of Torts, 459.

¹⁶⁷ *Baker*, Tort, 149. Die vernünftigerweise anzuwendende Sorgfalt ist dann gegeben, wenn der deliktisch Handelnde die Sorgfalt anwendet, die eine normale Person in den gleichen Umständen angewendet hätte- so *Markesinis/Deakin*, Tort Law, 686 mit dem Beispiel aus *Froom v. Butcher* [1976] QB 286, 293 in dem für jede Art und Länge einer Autofahrt das Anlegen des Sicherheitsgurtes als Ausübung der vernünftigen und gebotenen Sorgfalt angesehen wurde. Im Ergebnis bedeutet dies einen objektiven Sorgfaltsmaßstab der jedoch auch von den individuellen Eigenschaften des deliktisch Handelnden beeinflusst werden kann. Zusammenfassend mit einer Aufstellung der relevanten Kriterien zur Festlegung des Sorgfaltsmaßstabes: *Shaw* in: *v. Bar* (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, England und Wales, 28 f.

Regress des Arbeitgebers nicht. Insbesondere ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet sein Rückgriffsrecht an dem Grad des Verschuldens des Arbeitnehmer auszurichten. Dies ergibt sich zum einen aus dem in sec. 1 (1) Civil Liability (Contribution) Act 1978 niedergelegten Rückgriffsrecht. Dieses Regressrecht erlaubt den Gesamtschuldnern („*joint tortfeasors*“), gegenseitig die eigene Zahlung von dem anderen einzufordern. Wie bereits erläutert eröffnet diese Regelung aber typischerweise lediglich dem Arbeitgeber ein Rückgriffsrecht.¹⁶⁸ Zum anderen ist auch die Entscheidung *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd.*¹⁶⁹ ausschlaggebend für diese Rechtslage gewesen. In dieser Entscheidung hat das Gericht dem Arbeitgeber ein volles Rückgriffsrecht aus Common Law eingeräumt, welches sich auf die oben erwähnte Verletzung der im Arbeitsvertrag vorausgesetzten erforderlichen Sorgfalt stützt. Ein Rückgriffsausschluss für Fälle der leichten Fahrlässigkeit oder ähnliches wurde von den Richtern verneint.¹⁷⁰

Diese Rechtslage, insbesondere die sich aus der Entscheidung *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd.* ergebende Diskussion, führte letztendlich zu einer Neuordnung der britischen Haftungslandschaft. Die Bedeutung der Entscheidung ist daher gering.¹⁷¹

In der Praxis beeinflusst nun der *Employer's Liability (compulsory Insurance) Act* von 1969 die Haftung. Seit dem 1. Januar 1972 ist es Pflicht des Arbeitgebers sich gegen die Vikarhaftung zu versichern. Der Versicherer kommt daher zunächst für den entstandenen Schaden auf. Zwar kann dieser seinerseits theoretisch Regress bei dem Arbeitnehmer nehmen, dies passiert jedoch äußerst selten, da sich die Versicherer in einem „*gentlemen's agreement*“ verpflichtet haben einen Rückgriff nur zu nehmen, wenn der Arbeitgeber dem Regress zustimmt oder der Arbeitnehmer vorsätzlich gehandelt hat.¹⁷² Es ist Praxis der Arbeitgeber einem Regress der Versicherung gegen den Arbeitnehmer nicht zuzustimmen.¹⁷³ Der Arbeitgeber ist rechtlich auch nicht verpflichtet sein Rückgriffsrecht an den Versicherer abzutreten.¹⁷⁴ Dies dient vor allem dem Schutz der Arbeitsbeziehung.

¹⁶⁸ Genauer hierzu bereits unter: 2.1.2; *Markesinis/Deakin*, Tort Law, 517.

¹⁶⁹ *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd.* (1959) A.C. 555.

¹⁷⁰ *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd.* (1959) A.C. 555.

¹⁷¹ Die Frage der Außenhaftung war auch bereits vor dem Urteil *Lister v. Romford* kein Gegenstand der ständigen Rechtsprechung. In den zwanzig Jahren zuvor wurde lediglich 4 Mal über die Haftungsfrage entschieden. Zwar gab es zu dieser Zeit keine allgemeine Verpflichtung eine Versicherung abzuschließen. Versicherungen waren jedoch weit verbreitet und das unten näher erläuterte „*gentlemen's agreement*“ war bereits in Kraft, wenn auch nicht in dem heutigen Umfang- *Gardiner*, Reports of Committees, (1959) 22 MLR, 652 f.

¹⁷² *Rogers*, Winifield & Jolowicz on Torts, 612; *Jones*, Textbook on Torts, 268 m.w.N.; *Markesinis/Deakin*, Tort Law, 518; zu den frühen Ausformungen des „*gentlemen's agreement*“ auch: *Donndorf*, Die Haftung des fahrlässigen Arbeitnehmers im englischen Recht, 182 ff; *Eörsi*, International Encyclopedia of Comparative Law XI/1, 4-119.

¹⁷³ Zumindest die staatlichen Industriebetriebe und die öffentlichen Arbeitgeber machten dies zu ihrer offiziellen Politik- *Gardiner*, Reports of Committees, (1959) 22 MLR 652, 654.

¹⁷⁴ *Morris v. Ford Motor Co. Ltd.* (1973) Q.B. 792.

Im Ergebnis haftet der Arbeitnehmer daher nur noch dann, wenn er vorsätzlich gehandelt hat.

2.5 Keine Haftung des Arbeitnehmers - Österreich

Nur ausnahmsweise kommt der Arbeitnehmer nicht für einen von ihm verursachten Schaden auf. Dies ist allein dann der Fall wenn der Arbeitgeber dem Dritten Schadenersatz ohne Einverständnis des Arbeitnehmers oder ohne rechtskräftiges Urteil leistet. Er verliert so die ihm eingeräumten Regressmöglichkeiten gegen den Arbeitnehmer.¹⁷⁵ Gleiches gilt für die Regress- und Freistellungsansprüche des Arbeitnehmers.¹⁷⁶

2.6 Zwischenergebnis

Die Haftungswirklichkeit in Europa ist heterogen. Ein einheitliches Bild ist nicht ersichtlich. Einige Rechtsordnungen¹⁷⁷ sehen die Haftung des Arbeitnehmers nur im Rahmen der allgemeinen deliktischen Regelungen, mit der Folge, dass der Arbeitnehmer voll für den von ihm verursachten Schaden einzustehen hat. Häufig war jedoch festzustellen, dass dies zwar theoretisch der Fall war, die Rechtspraxis jedoch auf anderem Wege eine Haftungsbeschränkung vornahm¹⁷⁸, oder es sich um Ausnahmefälle handelte, die lediglich einen Bruchteil der Außenhaftungsfälle erfassen¹⁷⁹.

Andere tendieren zu einer gesonderten Beurteilung der Haftungssituation. Es kommt es zu einer Haftungsaufteilung zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses, so dass der Arbeitnehmer nur anteilig haftet. Die Möglichkeiten für die Aufteilung der Haftung sind mannigfaltig und reichen von einer Alles-oder-Nichts-Regelung anhand des Kriteriums des Verschuldensgrades¹⁸⁰ bis zu einer verschuldensgradorientierten Quotelungslösung¹⁸¹.

Sonderwege sind gering. Nennenswert ist die in Frankreich¹⁸² und England¹⁸³ auf Vorsatz limitierte Haftung des Arbeitnehmers die immer im Zusammenhang mit dem Einstand

¹⁷⁵ So st. Rechtsprechung: OGH, Urt. v. 8.Nov.1977 und OGH, Urt. v. 22.11.1977 beide: DRdA 1979, 36, OGH, Urt. v. 13. März 1979, DRdA 1980, 154; dazu *Schwarz/ Löschnigg*, Arbeitsrecht, 507, Fn. 329 m.w.N.

¹⁷⁶ *Dittrich/Tardes*, Angestelltengesetz, § 3 E2.

¹⁷⁷ siehe unter 2.1.

¹⁷⁸ siehe z.B. Frankreich 2.1.1.

¹⁷⁹ z.B. Österreich: 2.1.4.

¹⁸⁰ Beispielsweise 2.2.2.

¹⁸¹ z.B. 2.2.1 und 2.2.4.

¹⁸² 2.4.1.

¹⁸³ 2.4.2.

durch eine Versicherung zu sehen ist. Hier wird die Last auf dritte Schultern verlagert. Die extremen Haftungspositionen im österreichischen Recht¹⁸⁴ besitzen disziplinarischen und Schutzcharakter und setzen sich allein durch diese Zielsetzung von anderen Haftungsregimen ab.

Es wird deutlich, dass einige Rechtsordnungen sich bemühen den unterschiedlichen Konstellationen in welchen eine Außenhaftung auftreten kann auch dadurch gerecht zu werden, dass die verschiedenen Haftungssituationen differenziert werden. So kommt es innerhalb einer Rechtsordnung zu unterschiedlichen Haftungsumfängen, weshalb in der vorliegenden Untersuchung Landesrechte häufig an mehr als einer Stelle erörtert wurden. Einheitliche, undifferenzierte Lösungen finden sich vor allem in den Rechtsordnungen, die eine uneingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers vertreten.

¹⁸⁴ 2.1.4 und 2.5.

3 Kriterien für die Risikoverteilung und Haftungsbeschränkung

Gegenstand des nachfolgenden Kapitels sind die rechtspolitischen Argumente für und wider eine Risikoverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Schädigung Dritter. Die Entwicklung einer Neuregelung erfordert zunächst die Definition der gewünschten Haftungssituation. Diese wiederum lässt sich nur auf Grundlage einer Bewertung der diskutierten Argumentationsmodelle erreichen. Die Suche nach einer gerecht erscheinenden Risikoverteilung nimmt hierbei den Platz der politischen Erwägungen eines imaginären Normengebers ein, der vorab das Ziel festlegt ehe der Weg und die Art der Umsetzung bestimmt werden kann.

Bereits der von den einzelnen Rechtsordnungen zugebilligte Haftungsumfang, im Sinne der Haftungsbelastung des Arbeitnehmers, beinhaltet eine eigene Wertung über die Stellung, die der Vikarhaftung des Arbeitgebers eingeräumt wird. So liegt die Vermutung nahe, dass die Rechtsordnung, die letztendlich ein volles Entstehen des Arbeitnehmers für sein Verhalten begründet, die Vikarhaftung lediglich als zusätzliche Sicherung der Ansprüche des Dritten ansieht. Hier haftet der Arbeitnehmer trotz der Vikarhaftung des Arbeitnehmers im Ergebnis gleichsam für sein deliktisches Verhalten. Eine Befreiung von Verantwortlichkeit tritt durch die Vikarhaftung nicht ein. Hingegen sehen die Rechtsordnungen, die den Arbeitnehmer im Ergebnis allein für vorsätzliches Handeln haften lassen, in der Vikarhaftung wohl auch ein soziales Instrument des Arbeitsmarktes und stellen den Schutz des Arbeitnehmers in den Vordergrund, wohingegen auf Seite des Arbeitgebers der Eintritt einer Insolvenzgefahr in Kauf genommen wird. Die genaue Analyse der Wertungsmotive ist Gegenstand dieses Kapitels.

Die meisten Ansätze für eine dogmatische Begründung der Haftungsteilung finden ihre Anlage im Innenverhältnis der Arbeitsparteien. Es wird dabei das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber betrachtet, um aus der Aufteilung der Haftung in diesem Fall Hinweise darauf zu erhalten, wie die Haftung dann auch bei einer Inanspruchnahme durch einen Dritten zwischen den Parteien verteilt werden sollte.

Dies beruht auf der Erwägung, dass die Behandlung des Arbeitnehmers bei der Haftung nach einem Delikt gegen den Arbeitgeber und einem Delikt gegen Dritte wegen der Einheit der Rechtsordnung grundsätzlich gleichermaßen ausgestaltet sein sollte. Es kann nicht darauf ankommen, wen der Arbeitnehmer schädigt, solange die Umstände der Schädigung in beiden Fällen gleich bleiben, das sind insbesondere das Vorliegen eines deliktischen Verhaltens im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses.¹⁸⁵

Dies gilt umso mehr als schwerwiegende Argumente dafür sprechen, dass gegenüber dem Dritten voll gehaftet werden muss. Der Dritte hat Anspruch darauf, dass sein Schaden vollumfänglich ersetzt wird. Das Risiko einer Haftungsbegrenzung kann nicht auf den Geschädigten übergewälzt werden, sonst droht ein Unterlaufen des deliktsrechtlichen Schadenersatzsystems, das Rechtssicherheit und Gerechtigkeit garantiert. Die Frage nach der Ausgestaltung eines Haftungsausgleichs wird daher zunächst aus dem Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber heraus zu beantworten gesucht. Es gibt jedoch

¹⁸⁵ Köbler, Betriebsgefahr und Freistellungsanspruch, RdA 1970, 99.

auch Regelungsansätze die eine Haftungsausgestaltung anhand des individuellen Verhältnisses zwischen Dritten und Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber zu bestimmen suchen, diese bilden aber eine Minderheit.

Anhand der vorgenannten Erwägungen werden die jeweiligen Argumente für und gegen eine Haftungsentlastung des Arbeitnehmers untersucht. Ziel ist es hierbei nicht das Institut der Vikarhaftung neu zu rechtfertigen, sondern die dieser häufig angewandten Haftungsregelung zugrunde liegenden Werte zu bestimmen. Die hierbei angeführten Argumente werden auf ihre Berechtigung bei der Verwendung im Rahmen einer dogmatischen Begründung der Risikoverteilung und Haftungsaufteilung untersucht.¹⁸⁶

Im folgenden wird mithin die Antwort auf die Frage gesucht, wer für einen Schaden haftet, der einem Dritten während der Ausübung der Arbeit durch den Arbeitnehmer entstanden ist: Es wird zu beantworten sein, ob und warum eine Beschränkung der Haftungsbelastung des Arbeitnehmers erfolgen soll.

3.1 Gründe für eine Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers

Die im folgenden Abschnitt gesammelten Argumente werden allesamt als Gründe für eine Risikoverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer angeführt.

3.1.1 Fehlerhaftigkeit des Menschen und die Natur des Arbeitsverhältnisses

Einige Autoren¹⁸⁷ erklären den Ansatz der Haftungserleichterung zunächst mit der Fehlerhaftigkeit des Menschen, die typischerweise ein gelegentliches Abirren seiner Leistung von dem Erforderten zur Folge hat.

*Schnorr von Carolsfeld*¹⁸⁸ ging davon aus, der Arbeitnehmer schulde aufgrund der ständigen Fehlbarkeit des Menschen schon keine Arbeitsleistung ohne Mängel. Der Arbeitgeber könne von der Ausführung der Arbeit nur erwarten, dass sie mittlerer Art und Güte entspreche. Grundsätzlich sei daher ein Mehr an Sorgfalt bereits nicht zu verlangen, die Haftung dementsprechend einzuschränken. Ferner sei zu berücksichtigen, dass auch der Arbeitgeber, sofern er die Arbeit selbst ausgeführt und sich nicht eines Gehilfen bedient

¹⁸⁶ Vorwiegend wurde hierzu auf die deutsche Literatur zurückgegriffen, da das Thema in anderen europäischen Rechtsordnungen weitaus weniger ausführlich diskutiert wird.

¹⁸⁷ *Schnorr von Carolsfeld*, Arbeitsrecht, 305; *Steindorff*, Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer, JZ 1959, 3; *Steindorff*, Bemerkungen zur Haftung des Arbeitnehmers für die von ihm verursachten Schäden, AuR, 1966, 65; *Däubler*, Die Haftung des Arbeitnehmers- Grundlagen und Grenzen, NJW 1986, 867, 869; v. *Mook*, Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Frage der Haftungsbeschränkungen bei Arbeitsunfällen, 108; zusammenfassend *Gamillscheg/Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 39 ff. m.w.N.; *Wohlgemuth*, Die Arbeitnehmerhaftung im Wandel, DB 1991, 910; *Gamillscheg*, Empfiehlt es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln?, Verhandlungen zum 45. DJT, Bd. 2, G 12 ff.

¹⁸⁸ *Schnorr von Carolsfeld*, Arbeitsrecht, 304 f.

hätte, auch fehlbar gewesen wäre und ebenfalls die Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts bestanden hätte.¹⁸⁹

Diese Theorie fand keinen Anklang¹⁹⁰, denn die grundsätzliche Einkategorisierung eines Deliktes, wenn auch eines leicht fahrlässigen, als aufgrund der Fehlbarkeit des Menschen gerechtfertigt und daher nicht rechtswidrig, entspricht nicht den allgemeinen Anforderungen an das Deliktsrecht als Instrument des Schadenersatzes. Die Haftung für Fahrlässigkeit wird nicht nur in Deutschland, sondern auch in allen anderen europäischen Rechtsordnungen durch das Deliktsrecht festgelegt. Im Rahmen der Betrachtung einer gemeinsamen Regelung der Außenhaftung bedeutet der Verzicht auf die *culpa levissima* oder *culpa levis* eine Durchbrechung der europäischen Deliktsordnungen. Eine damit verbundene Revolutionierung der bestehenden Rechtssysteme stellt die Funktion des Deliktsrechts in Frage. Der Zweck der Haftung, nämlich dem Schädiger „einen Leitfaden zum sorgfältigen Handeln zu geben“¹⁹¹, wird aufgegeben. Mit dem Argument der Unfähigkeit des Menschen zu präzisiertem und unfehlbarem Verhalten lassen sich unabhängig von der Arbeitnehmerstellung alle leicht fahrlässigen Handlungen in den Bereich des Unvermeidbaren und somit nicht dem Schadenersatzerfordernis unterliegend verweisen. Es kann nicht Ziel einer Haftungsregelung sein, so die allgemeinen Sorgfaltspflichten zu begrenzen. Vielmehr sollte die Frage im Vordergrund stehen, ob der schuldhaft verursachte Schaden von dem Arbeitnehmer zu tragen ist oder ob trotz des fehlerhaften Verhaltens die Vorwerfbarkeit aufgrund der besonderen Situation im Arbeitsverhältnis eingeschränkt werden muss.¹⁹² Die Beschränkung der Haftung sollte sich aus der spezifischen Situation des Arbeitsverhältnisses ergeben, das allein die Andersbehandlung eines Arbeitnehmers gegenüber dem nicht im Arbeitsverhältnis stehenden Schädiger rechtfertigt. An diese Sonderstellung ist bei der Suche nach den Wertungsgesichtspunkten hinsichtlich der Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers anzuknüpfen.

Kritik müssen sich auch die Erklärungsansätze entgegenhalten, die wie *Steindorff*¹⁹³, *Rother*¹⁹⁴ und v. d. *Gablentz*¹⁹⁵ auf den Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis abstellen. Sie gehen von einer Beschränkung der Haftung mit der

¹⁸⁹ *Rother*, Haftungsbegrenzung im Schadensrecht, 267 f.

¹⁹⁰ *Schnorr von Carolsfeld* selbst distanzierte sich später von dieser Ansicht, in: Probleme des internationalen Arbeitsrechts, RdA 1958, 201, 208 Anm. 50; *ders.*, Das Arbeitsverhältnis als Rechtskomplex, zugleich ein Beitrag zum Komplexdenken im Recht, RdA 1969, 238, 240 Fn. 20; *Gamillscheg/Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 39, *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers, 34 ff, *Canaris*, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremden Interesse, RdA 1966, 41, 44; *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 11, Fn. 25, m.w.N.

¹⁹¹ so *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 12.

¹⁹² *Reinhardt*, Die dogmatische Begründung der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers, 168.

¹⁹³ *Steindorff*, Bemerkungen zur Haftung des Arbeitnehmers für die von ihm verursachten Schäden, AuR 1966, 65, 67.

¹⁹⁴ *Rother*, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 167 f.

¹⁹⁵ *Von der Gablentz*, Die Grundlagen der Haftung des Arbeitnehmers, 57, 64.

Begründung aus, dass in einem Dauerschuldverhältnis wie es das Arbeitsverhältnis in der Regel darstellt, geringe Sorgfaltspflichtverletzungen unvermeidbar seien. Dieser Gedanke führe nicht nur zu einer vertraglichen Beschränkung der Haftung im Arbeitsverhältnis, sondern auch zu einer deliktischen Haftungsbeschränkung, denn das vertraglich Angemessene könne nicht über den Umweg des Deliktsrechtes umgangen werden.¹⁹⁶ Auch diese Argumentation stützt sich dem Grunde nach auf den Gedanken der Unzulänglichkeit des Menschen, denn in einem Verhältnis, welches auf Dauer angelegt sei, ließe sich aufgrund dieser Fehlerhaftigkeit eine Sorgfaltspflichtverletzung im Laufe der Zeit nicht vermeiden. Zusätzlich werden die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt. Es wird auch darauf hingewiesen, dass Dauer des Arbeitsverhältnisses und Fehlerhaftigkeit des Arbeitnehmers allein die Haftungsbegründung nicht dogmatisch unterlegen könnten. Vielmehr handele es sich um eine Abwägung sämtlicher in Betracht kommender Gesichtspunkte.¹⁹⁷ Zu beachten sei beispielsweise, dass der Arbeitnehmer gerade nicht im eigenen Interesse tätig werde, sondern den Schaden bei einer Tätigkeit begehe, die im Interesse des Arbeitgebers ausgeübt werde.¹⁹⁸

Nichtsdestotrotz bleibt bei dieser Argumentation die Frage offen, weshalb die Dauer des Arbeitsverhältnisses, selbst in Verbindung mit der Unzulänglichkeit des Arbeitnehmers, als Kriterien herangezogen werden sollte. Dass diese Merkmale nicht maßgeblich sein können, zeigt sich unter anderem darin, dass die Haftung in anderen Dauerschuldverhältnissen keiner deliktsrechtlichen Sonderbehandlung unterliegt. Weshalb sollte also das Dauerschuldverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Sonderbehandlung erfahren? Hinzu tritt, dass die Arbeitswirklichkeit sich gewandelt hat. Zwar sind immer noch Dauerarbeitsverhältnisse die Regel, Kurzarbeitsverhältnisse und die Ersetzung von Arbeitnehmern durch selbständige Dienstleister nehmen in der heutigen Gesellschaft aber mehr und mehr Raum ein. Weshalb diese, nicht als Arbeitnehmer im traditionellen Sinne zu verstehenden, Helfer des Arbeitgebers nur aufgrund der nicht auf Dauer ausgestalteten Vertragsverhältnisse anders behandelt werden sollten als der klassische Arbeitnehmer wird sich nicht erklären lassen.

3.1.2 Abhängigkeit des Arbeitnehmers / Fürsorgepflicht

Die Fürsorgepflicht wird als Ausfluss des gegenseitigen Austauschs der vertraglichen Hauptleistungen dargestellt. Dieser Austausch hat eine enge persönliche Beziehung zwischen den Vertragsparteien zur Folge, der als Nebenpflicht die Fürsorgepflicht entspringt.¹⁹⁹ Begründet wird die besondere arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht mit der

¹⁹⁶ Von der Gablentz, Die Grundlagen der Haftung des Arbeitnehmers, 57, 64.

¹⁹⁷ Steindorff, Bemerkungen zur Haftung des Arbeitnehmers für die von ihm verursachten Schäden, AuR 1966, 65, 67.

¹⁹⁸ Von der Gablentz, Die Grundlagen der Haftung des Arbeitnehmers, 64.

¹⁹⁹ Beckers, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 15; BAGE 5,1 ff. (Großer Senat, Beschluss vom 25. September 1957); Steindorff, Bemerkungen zur Haftung des Arbeitnehmers für die von ihm verursachten Schäden, AuR, 1966, 65 f., der die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in letzter Konsequenz auf das

Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb oder Haushalt des Arbeitgebers und dem Weisungsrecht des Arbeitgebers, durch welches er die Arbeitsbedingungen und -konditionen definieren kann.²⁰⁰ Im Kern basiert der Gedanke der Fürsorgepflicht auf der Mitverantwortung des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer.²⁰¹ Weisungsgebundenheit und Eingliederung in einen fremdbestimmten Betrieb sind Anzeichen einer verstärkten Abhängigkeit des Arbeitnehmers von dem Arbeitgeber,²⁰² die über eine gewöhnliche vertragliche Verbundenheit zwischen zwei Parteien hinausgeht. Denn der Arbeitnehmer ist sowohl in seiner Persönlichkeitsentfaltung als auch in seiner Existenz der Gewalt des Arbeitgebers unterworfen.²⁰³ Dieses Gewaltverhältnis führt zu einem Verlust der persönlichen und wirtschaftlichen Dispositionsmöglichkeiten.²⁰⁴ Diese Faktoren rechtfertigen eine Inanspruchnahme und Haftung des Arbeitgebers für den von ihm abhängigen Arbeitnehmer und ermöglichen die Andersbehandlung des deliktisch handelnden Arbeitnehmers gegenüber dem „freien“ Schädiger.

An dieser Art der Begründung wurde starke Kritik geübt. Es wurde eingewandt, die Fürsorgepflicht sei als Wohlfahrtseinrichtung aus der Rechtlosigkeit und dem Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers in seinem Gewalt- und Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitgeber entstanden.²⁰⁵ Die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses durch Gesetze und Tarifverträge habe jedoch in der Zwischenzeit die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers aufgehoben. Der Arbeitnehmer habe sich nun emanzipiert und könne darauf verzichten die Rolle des Schutzbefohlenen einzunehmen.²⁰⁶ Diese Argumentation setzt jedoch bei der Wirkung, nicht bei der Ursache an. Das Bestehen des Abhängigkeitsverhältnisses und die darin begründete Fürsorgepflicht sind Basis jener stetigen Verbesserung, die die Position des Arbeitnehmers in den vergangenen Jahrhunderten und Jahrzehnten erfahren hat. Diese

Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers zurückführt; *Meier*, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, 65; *Siebert*, Einige Entwicklungslinien im neueren Individualarbeitsrecht, RdA 1958, 366, 368 sieht die Fürsorgepflicht ebenfalls als eine Art der Treuepflicht; *Müller Glöge*, Münchner Kommentar zum BGB, § 611, Rz. 461; *Zimmermann*, Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und aussenstehenden Dritten bei Verwirklichung betriebstypischer Gefahr, 46, 55; *Achterberg*, Der Rechtsgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit, AcP 164 (1964), 47, der allerdings bei Schädigung eines Betriebsfremden noch grundsätzlich ein Eintreten des Arbeitgebers verneint; v. *Mook*, Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Frage der Haftungsbeschränkungen bei Arbeitsunfällen, 114; *Söggütli*, Die Haftung des Arbeitnehmers bei der gefahrgeneigten Arbeit, insbesondere Dritten gegenüber, 38 ff.

²⁰⁰ *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, § 108, Rz. 1.

²⁰¹ So bereits im römischen Recht: *Zimmermann*, The Law of Obligations, 400, 1121.

²⁰² Zum Kriterium der Abhängigkeit: *Rheinhardt*, Die dogmatische Begründung der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers, 22.

²⁰³ *Pinther*, Ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, AuR 1961, 225, 229; *Siebert*, Einige Entwicklungslinien im neueren Individualarbeitsrecht, RdA 1958, 366 f.

²⁰⁴ *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 14.

²⁰⁵ *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers, 60.

²⁰⁶ *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers, 61 f.

Basis wird nicht dadurch hinfällig, dass sich die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse bessert, sie besteht vielmehr fort. Denn die Abhängigkeit des Arbeitnehmers hat sich dem Grunde nach nicht geändert.

Andere Ansätze begründen die Fürsorgepflicht aus einem Gemeinschaftsverhältnis²⁰⁷ heraus. Es wird argumentiert, das Arbeitsverhältnis stelle ein Gemeinschaftsverhältnis dar, welches die gegenseitige Interessenwahrnehmung durch den jeweils anderen bedürfe. Denn die zwischenmenschlichen Beziehungen stellten „stärkere und umfassendere Verhaltensforderungen, um die gleichzeitig wachsenden Spannungsmöglichkeiten und Interessengegensätze auszugleichen“.²⁰⁸ Dieser Ansatz wurde als ungeeignete rationale Erfassung mitmenschlicher Beziehung gegeißelt.²⁰⁹ Das zwischenmenschlichen Element berücksichtigte hingegen *Weber*, der die Fürsorgepflicht als Ausfluss der persönlichen gegenseitigen Verbundenheit der Parteien darstellte, ähnlich der Ehe also als ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis.²¹⁰ Zu Recht muss sich auch dieser Ansatz jedoch die Kritik gefallen lassen, dass in Arbeitsverhältnissen, vor allem in Großbetrieben, von einer Gemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kaum zu sprechen ist.²¹¹ Der Gedanke der Verpflichtung verträgt sich auch im Hinblick auf eine gefühlsbestimmte und persönlichen Ebene nicht mit der Realität des Arbeitsverhältnisses als rein wirtschaftliches Austauschverhältnis Leistung gegen Vergütung.²¹² Dieses Austauschverhältnis lässt aufgrund der umfangreichen Regelungen denen es unterworfen ist keinen Raum für „eheähnliche“ Fürsorgegedanken, die die Parteien eines Arbeitsverhältnisses sich heutzutage wohl auch nicht vorhalten ließen. Zweifelhaft ist daher ob ein Arbeitsverhältnis in irgendeiner Form unter den soziologischen Begriff der Gemeinschaft zu fassen ist. Aufgrund seiner fundamentalen Unterschiede zu anderen personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen wie der Ehe ist dies wohl zu verneinen.²¹³

Auch die in Deutschland getätigten Versuche die Fürsorgepflicht aus dem Prinzip von Treu und Glauben²¹⁴ oder dem Sozialstaatsprinzip²¹⁵ abzuleiten sind angreifbar.²¹⁶ Im Gegensatz

²⁰⁷ Die Lehre vom personenrechtlichen Arbeitsverhältnis gründet sich auf v. *Gierke*, z.B. in: Deutsches Privatrecht, 594 f. m.w.N.

²⁰⁸ *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 28.

²⁰⁹ *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers, 56.

²¹⁰ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1. Halbband, § 9, 22.

²¹¹ *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers, 57; *Söğütlü*, Die Haftung des Arbeitnehmers bei der gefahrgeneigten Arbeit, insbesondere Dritten gegenüber, 38.

²¹² So auch *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, 77, der sogar davon ausgeht, dass sich Fürsorgepflichten grundsätzlich nicht mit der gegenseitigen, um ihrer selbst willen geleisteten Hilfe in einem Gemeinschaftsverhältnis vertragen.

²¹³ *Söğütlü*, Die Haftung des Arbeitnehmers bei der gefahrgeneigten Arbeit, insbesondere Dritten gegenüber, 38; Im Detail zum soziologischen Gemeinschaftsbegriff: *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, 49 ff.

²¹⁴ BAG, AP 1 zu 103 BetrVG 1972, *Palandt/Putzo*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 611, Rz. 96.

zu der oben geführten dogmatischen Erklärung liefern sie nur bedingt in der Praxis umsetzbare Ergebnisse. Sie begründen nicht die oben dargestellten Zusammenhänge zwischen der Abhängigkeit des Arbeitnehmers und der daraus folgenden Mitverantwortlichkeit des Arbeitgebers.²¹⁷ Die Notwendigkeit des Rückgriffs auf Haftungserleichterungen wird nicht erklärt, sondern vorausgesetzt.²¹⁸

Trotz einiger Kritik an verschiedenen Herleitungen der Fürsorgepflicht besteht das Bedürfnis nach einem Ausgleich in dem Abhängigkeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber fort. Allein ein realistischer Blick auf die bestehenden Arbeitsverhältnisse zeigt die grundsätzliche Überlegenheit des Arbeitgebers. Die Fürsorgepflicht ist vor diesem Hintergrund weiterhin aktuell und in die Überlegungen hinsichtlich der Haftungsverlagerung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber miteinzubeziehen.

3.1.3 Zurechnung des Betriebsrisikos

Eine objektive Haftung des Arbeitgebers, d.h. eine Haftung ohne jegliche Bezugnahme auf eine Pflichtwidrigkeit auf Seiten desselben, wird vielerorts durch die Berufung auf das „Verursacherprinzip“ gerechtfertigt.²¹⁹ Der vorherrschende Gedanke ist hierbei, demjenigen die Haftung aufzuerlegen, der das mit einer Delegation der Arbeit verbundene Risiko im eigenen wirtschaftlichen Interesse veranlasst hat.²²⁰ Die sog. Betriebsrisikolehre

²¹⁵ *Sögiütli*, Die Haftung des Arbeitnehmers bei der gefahrgeneigten Arbeit, insbesondere Dritten gegenüber, 42 ff; Im Rahmen der europäischen Union ist unabhängig von der Stichhaltigkeit dieser Herleitung bereits die Zugrundelegung eines nach deutschem Vorbild modellierten Sozialstaates als Grundlage von Systemerwägungen nicht vertretbar. Die Ableitung einer Haftungsbegrenzung aus dem Sozialstaatsprinzip scheitert bereits an dieser Stelle.

²¹⁶ Ausführlicher zu den Rechtsgrundlagen: *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, § 108, Rz.2 m.w.N; *Sögiütli*, Die Haftung des Arbeitnehmers bei der gefahrgeneigten Arbeit, insbesondere Dritten gegenüber, 42 ff.

²¹⁷ *Richardi*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? JZ 1986, 796, 798, der in Frage stellt, ob die Fürsorgepflicht eine solche Stärke erreicht, um einen Anspruch des Arbeitnehmers zu begründen; auch *Bäumler*, der Anwendungsbereich der Schadensteilung im Arbeitsverhältnis, 23, 24, der die Begründung einer Schadenszurechnung aufgrund der Fürsorgepflicht ebenfalls ablehnt.

²¹⁸ *Canaris*, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremden Interesse, RdA 1966, 41, 44, 45.

²¹⁹ So z.B. in Frankreich, wo ursprünglich die Haftung des Arbeitgebers auf mangelhafte Auswahl oder fehlerhafte Überwachung gestützt wurde. Die Begründung in der heutigen Lehre sieht die Grundlage im Risiko- oder Garantiegedanken. So: *Gotthardt*, in: v. Bar (Hrsg.) Deliktsrecht in Europa, Frankreich, 36 m.w.N.

²²⁰ für viele: *Müller Glöge*, Münchner Kommentar zum BGB, § 611, Rz. 461; *Kothe*, Umbruch in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung, Jura 1985, 310; *Altemann*, Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung, 70, Überblick über die historische Diskussion des Betriebsrisikos als Haftungsgrundlage in Deutschland, *Kothe*, Die Bedeutung der Unfallversicherung für das Recht der Arbeitnehmerhaftung, AuR 1983, 232 ff; zusammenfassend *Sögiütli*, Die Haftung des Arbeitnehmers bei der gefahrgeneigten Arbeit, insbesondere Dritten gegenüber, 28 ff; weitergehend *Fechner*, Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, RdA 1955, 166, der im deutschen Recht die Heranziehung des Betriebsrisikos bereits aus der Sozialstaatlichkeit heraus als gerechtfertigt, sogar geboten sieht; *Witt*, Zur Haftungssituation des

geht von mehreren Gedankenansätzen aus, um eine Haftungsverlagerung auf den Arbeitgeber zu begründen.

3.1.3.1 Steuerung des Arbeitsprozesses

Der Arbeitgeber ist aufgrund seiner Position und Weisungsmacht in der Lage die Tätigkeiten des Arbeitnehmers zu überwachen.²²¹ Hierdurch bestimmt er das betriebliche Risikopotential.²²² Die Steuerung des Arbeitsprozesses führt so zu einer Beeinflussung der Arbeitssituation. Der Arbeitgeber kann deshalb auf die Gefahrenherde im Arbeitsablauf einwirken.²²³ Dem Arbeitgeber allein stehen die Entscheidungen hinsichtlich der Organisation des Arbeitsablaufes zu. Ist die Arbeit zu monoton oder das Arbeitstempo zu hoch entstehen Gefahrenquellen, die es zu vermeiden heißt. Er entscheidet auch über den Einsatz der einzelnen Mitarbeiter und wählt diejenigen aus, die schwierigere Aufgaben erfüllen sollen. Handelt er hierbei fehlerhaft, so hat er selbst den Schaden kausal verursacht, denn ohne seine Wahl hätte eine Gefahrensituation nicht entstehen können.²²⁴ Der Arbeitgeber legt auch die Kontroll- und Überwachungsmechanismen fest, die einem Schaden vorbeugen.²²⁵

Kritisiert wurde diese Argumentation mit dem Einwand, das Weisungsrecht des Arbeitgebers könne nur dann zu einer Risikozuweisung führen, wenn der Arbeitnehmer

Arbeitnehmers im Bereich „schadensgeneigter Arbeit“ bei Schädigung des Arbeitgebers und betriebsfremder Dritter, 1968, 163 ff; *Meier*, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, 24; *Ruppert*, Die Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit, 104 f.

²²¹ *Otto*, Ist es erforderlich die Verteilung des Schadensrisikos bei selbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 36 m.w.N. Fn 130; *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 405, 406; *Altemann*, Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung, 10; *Richardi*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? JZ 1986, 801.

²²² Auf diesem Gedanken beruht auch das System der Vicarhaftung im dänischen Recht, welches einen Teil der Existenz der Haftungsverlagerung der Kapazität des Arbeitgebers zuschreibt, den Arbeitnehmer zu instruieren und zu kontrollieren, *Iversen*, Danish Business Law, 58.

²²³ *Kothe*, Umbruch in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung, Jura 1985, 310, dies auch umso mehr, als im Rahmen der Automatisierung von Produktionsabläufen die Bedeutung der Arbeitsorganisation zur Steuerung von Stör- und Schadensfällen zunimmt. Geringe Störungen im Betriebsablauf können durch den Einsatz von Maschinen zu erheblichen Schäden führen.

²²⁴ *Attiyah*, Vicarious liability in the law of torts, 19.

²²⁵ Zur Steuerung des Arbeitsprozesses auch: *Canaris*, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremden Interesse, RdA 1966, 41,45; *Däubler*, Die Haftung des Arbeitnehmers – Grundlagen und Grenzen, NJW 1986,867,869; *Köbler*, Betriebsgefahr und Freistellungsanspruch, RdA 1970, 99; *Gick*, Die Grundsätze der Haftung bei gefahrgeneigter Arbeit, JUS 1980, 393, 398; auch *Bäumler*, der Anwendungsbereich der Schadensteilung im Arbeitsverhältnis, 78, 87 f., der zwar die Heranziehung des Betriebsrisikogedankens für das deutsche Recht im Ergebnis ablehnt (70 f.), aber dennoch einräumt, dass eine Veranlasserhaftung den Gerechtigkeitsvorstellungen dem Grunde nach entspricht (78); zu den Organisationspflichten des Arbeitgebers: *Schmitz*, Die deliktische Haftung für Arbeitnehmer, 47 ff.

hierdurch wirklich erhöhten und unausweichlichen Risiken ausgesetzt werde.²²⁶ Das Weisungsrecht selbst sei jedoch in den meisten Fällen nicht Auslöser für die Übernahme einer Tätigkeit. Vielmehr sei der Arbeitnehmer aufgrund seines Arbeitsvertrages zur Ausübung einer Tätigkeit verpflichtet, innerhalb dieser Tätigkeit aber zumeist selbständig in Art und Weise der Ausübung. Es sei also nicht das Weisungsrecht verantwortlich für eine Risikozuweisung, sondern der zugrundeliegende Arbeitsvertrag.²²⁷ Ausnahmen bildeten rein mechanische Tätigkeiten, bei denen ein Ermessensspielraum des Arbeitnehmers nicht gegeben sei.

Dennoch muss festgestellt werden, dass es dem Arbeitgeber zusteht das Risiko welches er abstrakt durch den Aufbau des Betriebes geschaffen hat, auch zu kontrollieren und Risikofaktoren auszuschalten. Er kann demnach den Arbeitsablauf und das Risiko steuern.²²⁸ Hierbei ist er zwar durch die Rechtsordnung in der Steuerung des konkreten Risikos durch Sicherheitsvorschriften, technische Normen, öffentlich-rechtliche Bestimmungen etc. beschränkt, insgesamt stehen ihm aber so viele Einflussmöglichkeiten und Gestaltungselemente zur Verfügung, dass das abstrakte Betriebsrisiko dem Arbeitgeber zugeordnet werden kann.

Hiergegen lässt sich einwenden, der Arbeitnehmer beeinflusse das Risiko dadurch, dass er sich sorgfaltswidrig verhalte. Die soziale Situation des Arbeitnehmers und seine individuellen Fähigkeiten bestimmten die konkrete Verwirklichung eines Schadenseintrittsrisikos, so dass nicht alle Faktoren eines Risikos in der Hand des Arbeitgebers lägen und für diesen kalkulierbar seien.²²⁹ Ferner wird vorgebracht, dass ein negativer Einfluss der arbeitgeberseitigen Gestaltung des Arbeitsplatzes nicht nachgewiesen werden könne. Denn es folge aus der Organisation durch den Arbeitgeber nicht die Konsequenz, dass der Arbeitnehmer bei selbständiger Tätigkeit weniger Fehler machen würde, das Risiko sich also verringern würde. Im Gegenteil sei anzunehmen, dass der Arbeitgeber kraft seiner Organisationsgewalt eine Sicherung des Arbeitsplatzes bewirke, die der einzelne Arbeitnehmer so nicht herstellen könne.²³⁰

Allerdings ist die grundsätzliche Steuerungsmöglichkeit des Arbeitgebers nicht zu bestreiten. Zwar wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Veranlassung des Betriebsrisikos durch die damit einhergehende Sicherung und Schaffung von

²²⁶ *Brox/Walker*, Die Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung gegenüber dem Arbeitgeber, DB 1985, 1469,1471; *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 25.

²²⁷ *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 25; *Beckers* verweist auf das Beispiel eines Kraftfahrers, der in den meisten Fällen selbst über die Route und Fahrweise entscheidet und im Falle unvorhergesehener Ereignisse sogar gefordert ist, eigenständige Entscheidungen zu treffen, z.B. im Stau die Wegplanung zu ändern, eine Weisungsgebundenheit ist in einem solchen Fall nicht gegeben.

²²⁸ *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 25; *Pfahl*, Haftung ohne Verschulden als sittliche Pflicht, 112.

²²⁹ *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 386; *Eich*, Der Wandel der BAG-Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit, NZA 1984, 67.

²³⁰ *Sandemann*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, 70 f.

Arbeitsplätzen auch dem Arbeitnehmer zugute kommt.²³¹ Dennoch und trotz der Einwirkungen, die staatliche Beschränkungen und Arbeitnehmer selbst auf die Risikosituation haben, verbleibt dem Arbeitgeber aber ein überwiegender Einfluss auf das Schadensrisiko. Es ist derjenige, der die Grundstruktur des Betriebes bestimmt, damit das Eingreifen von staatlichen Schutzvorschriften auslöst und es dem Arbeitnehmer erleichtert oder erschwert die erforderliche Sorgfalt auszuüben.²³² Er muss sich entgegenhalten lassen, dass sich nur eine Gefahr verwirklichen kann, die dem Grunde nach angelegt war, auch wenn die tatsächliche Verwirklichung eines Risikos von vielen komplexen und unterschiedlichen Faktoren abhängig ist. Das von ihm in den Grundstrukturen geschaffene Gefährdungspotential kann der Arbeitgeber nicht auf den Arbeitnehmer überwälzen. Insofern muss er sich dieses Risiko zumindest in Form einer Mithaftung entgegenhalten lassen.

3.1.3.2 Möglichkeit des Arbeitgebers zur Schadensbegrenzung und Rechtsgüterschutz des Geschädigten

Eine Haftung des Arbeitgebers wird auch mit der Argumentation befürwortet, der Arbeitgeber habe die Möglichkeit das Risiko zu minimieren oder gegebenenfalls auch zu verlagern.²³³ Denn der Arbeitgeber könne die finanziellen Konsequenzen eines Schadensfalles einplanen und die ihm zweckmäßig erscheinenden Sicherungen einbauen, indem er die Kosten abwälze, den Schaden aus den Gewinnen begleiche oder eine Versicherung abschließe.²³⁴ Das Risiko könne ferner durch vertragliche Haftungsbeschränkungen, auch zugunsten des Arbeitnehmers, verringert werden. So sei eine summenmässige Beschränkung der Haftung bei Vertragsschluss mit dem Dritten vorstellbar. Auch wenn dies nur die Schäden umfasse, die durch den Vertragsschluss abgedeckt seien, so trage dies zunächst einmal zu einer Minimierung des Risikos bei.

²³¹ *Eich*, Der Wandel der BAG-Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit, NZA 1984, 67.

²³² *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 26 f.

²³³ *Otto*, Ist es erforderlich die Verteilung des Schadensrisikos bei selbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 36; *Kothe*, Umbruch in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung, Jura 1985, 311; *Köbler*, Betriebsgefahr und Freistellungsanspruch, RdA 1970, 99; *Donndorf*, Die Haftung des fahrlässigen Arbeitnehmers im englischen Recht, 91 f.; *Raulf*, Die Haftung des Arbeitgebers für Schäden des Arbeitnehmers bei betrieblich veranlassten Fahrten mit dem Privat-PKW, 39 ff.; *Schmitz*, Die deliktische Haftung für Arbeitnehmer, 32 f.; auch die Begründung der SPD-Fraktion für ihren 1995 eingebrachten Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Arbeitnehmernaußenhaftung, Bundestagsdrucksache 13/2195, S 5.

²³⁴ *Rose*, "Liability for an Employees Assaults" (1977) 40 M.L.R., 421; *Hübner*, Schadenszurechnung nach Risikosphären, 130, der die Schadensvermeidung durch den Arbeitgeber bezweifelt, aber auf die Versicherbarkeit des Risikos hinweist. Auch im französischen Recht wird im Rahmen der Haftungsregime für Fälle ohne eigenes Verschulden häufig die Haftung desjenigen befürwortet, der besser in der Lage ist eine Versicherung abzuschliessen – *Galand-Carval*, France, in: *Koch/Koziol* (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict liability, 141 [33].

Der Arbeitgeber sei darüber hinaus in der Lage das Risiko auf die Kundschaft überzuwälzen, indem er es bei der Preiskalkulation berücksichtige und einen entsprechenden Aufschlag berechne. Die so getätigten Rückstellungen ermöglichten es ihm, in größerem Maße als dem Arbeitnehmer, für Schadensfälle gewappnet zu sein.²³⁵ Allein, wenn der Arbeitgeber auch hafte, könne der Arbeitnehmer vor einer Existenzgefährdung geschützt werden, denn er besitze nicht dieselben Möglichkeiten der Vorsorge wie sie dem Arbeitgeber offen stünden.²³⁶

Beide Ansatzpunkte sind der Kritik ausgesetzt. Hinsichtlich der möglichen Kostenabwälzung ist einzuwenden, dass diese nicht in allen Berufen möglich ist. So können beispielsweise Ärzte, Architekten oder Rechtsanwälte keine flexible Preiskalkulation durchführen, da sie in ihrer Rechnungsstellung an Honorarordnungen gebunden sind.²³⁷ Zwar sind Arbeitgeber aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden größeren Kapitalverfügbarkeit eher in der Lage plötzlich auftretende Forderungen zu begleichen und langfristig zu absorbieren.²³⁸ Die einfache Vorstellung, der Arbeitgeber kalkuliere die Preise höher und erfülle Schadenersatzansprüche aus dem aufgelaufenen finanziellen Polster ist jedoch unzutreffend, denn eine echte Kalkulation ist aufgrund der Unvorhersehbarkeit von Höhe und Häufigkeit auftretender Schäden nicht möglich. Vor allem bei Personenschäden mit hohen Schadenersatzbeträgen oder sogar kausalen Unterhaltsansprüchen sind vor allem kleinere Betriebe schnell an der Grenze ihrer finanziellen Möglichkeiten angelangt, so dass im schlimmsten Falle eine Insolvenz droht.

Auch das Argument, der Arbeitgeber allein könne sich gegen ein Schadensrisiko versichern greift zu kurz. Die Haftung richtet sich nicht nach der Versicherbarkeit eines Schadens, vielmehr folgt die Versicherung der Haftung (Trennungsprinzip).²³⁹ Selbst wenn ein von der Haftungssituation so entfernt liegendes Kriterium wie das der Versicherbarkeit hinzugezogen wird, lässt sich die Prämisse, allein der Arbeitgeber könne versichern, nicht halten. Versicherungen sind Subjekte des freien Marktes, welche sich an den Notwendigkeiten und Gegebenheiten orientieren. Wird nun eine Haftung des Arbeitnehmers festgelegt, würden auch Versicherungsverträge für Arbeitnehmer angeboten werden. Allein die Tatsache, dass solche Angebote noch nicht vorliegen, kann nicht ausschlaggebend für eine Haftungsverteilungsklausel sein. Sofern eingewandt wird, der Arbeitgeber könne die Prämien für eine Versicherung leichter aufbringen als der

²³⁵ *Brox/Walker*, Die Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung gegenüber dem Arbeitgeber, DB 1985, 1472; *Otto*, Ist es erforderlich die Verteilung des Schadensrisikos bei selbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 36; *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 403 f.

²³⁶ *Däubler*, NJW 1986, 867, 870; *Gaul*, Die Haftung des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers in Fällen Schädengeneigter Arbeit, DB 1962, 204; *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 20.

²³⁷ *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 24.

²³⁸ *Brox/Walker*, Die Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung gegenüber dem Arbeitgeber, DB 1985, 1469, 1471; *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 407.

²³⁹ *Drewitz*, Der Grundsatz: Die Versicherung folgt der Haftung, 1 ff.; *Hanau*, Rückwirkungen der Haftpflichtversicherung auf die Haftung, VersR 1969, 291; *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 20.

Arbeitnehmer, ist darauf hinzuweisen, dass sich eine Versicherungspflicht des Arbeitnehmers mit den Jahren im Lohnniveau wiederfinden würde. Wenn sich aber beide Vertragsparteien versichern könnten liegt es nahe, die Versicherung demjenigen aufzuerlegen, der die Intensität des Risikos am ehesten beeinflussen kann²⁴⁰. Das ist der Arbeitnehmer, denn das sich realisierende Risiko ist durch sein Verhalten und Verschulden bedingt.

Aus diesem Grunde kann auch die Argumentation, die Haftung des Arbeitgebers diene dem Rechtsgüterschutz des Geschädigten, nicht bestehen. Es wird vorgebracht, das Schadenersatzinteresse des Dritten und mithin sein Interesse an einem solventen Schuldner²⁴¹ begründe die Gefährdungshaftung des Arbeitgebers deren Ziel die Versicherung des Schadensrisikos sei.²⁴² Erklärt wird hierdurch jedoch gerade nicht, weshalb die Versicherung des Schadens durch den Arbeitgeber zu erfolgen hat. Aufgrund des Trennungsprinzips ist daher auch diesbezüglich eine Rechtfertigung der Haftungsverlagerung nicht zu erbringen.

3.1.3.3 Profit

Die Abwälzung des Betriebsrisikos in Form einer Haftung des Arbeitnehmers wird in Anlehnung an „*cujus commodum, ejus periculum*“ oder auch „*cuius commoda, eius et incommoda*“ auch mit dem Argument erklärt, es sei der Arbeitgeber, welcher von der Tätigkeit des Arbeitnehmers profitiere.²⁴³ Nur hierdurch werde überhaupt erst ein Schadensrisiko geschaffen, welches dem Veranlasser der Arbeit aufgegeben werden müsse (Vorteilsprinzip). Wenn nun der Arbeitgeber aber allein den Gewinn aus dem Unternehmen ziehe, seien von ihm auch die Gefahren des Betriebes zu tragen.²⁴⁴ Die Vorteile aus dem Arbeitserfolg kämen allein dem Arbeitgeber zugute, als Kehrseite habe er

²⁴⁰ Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverhältnissen, 91.

²⁴¹ So etwa im belgischen Recht: *Faure*, Economic Analysis, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, 371 [39] und Koch/Koziol, Comparative Conclusions in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, 411 [69] zum sog. „deep pocket“ Argument.

²⁴² So beispielsweise in der italienischen Literatur: *Busnelli/Comandé*, Italy, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict liability, 208 [8].

²⁴³ Auch in Italien: *Busnelli/Comandé*, Italy, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict liability, 209 [16].

²⁴⁴ *Markesinis/Deakin*, Tort Law, 497; *Kothe*, Umbruch in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung, Jura 1985, 311; *Bäumler*, der Anwendungsbereich der Schadensteilung im Arbeitsverhältnis, 89; *Gamillscheg*, Anmerkung zum BGH Urteil vom 19.9.1989, AuR, 168; *Goll*, Angewandtes Arbeitsrecht, 113; *Selwyn*, Selwyn's Law of Employment, 30; LAG Mecklenburg-Schwerin, ARStW III Nr. 692, *Kothe*, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberrisiko, 29; *Hübner*, Schadenszurechnung nach Risikosphären, 131; *Ruppert*, Die Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit unter besonderer Berücksichtigung der Betriebspraxis, 105; *Schmitz*, Die deliktische Haftung für Arbeitnehmer, 31; Koch/Koziol, Comparative Conclusions in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, 411 [68], [71].

auch das Risiko für Rückschläge zu übernehmen.²⁴⁵ Ausschlaggebend ist mithin nach diesem Erklärungsansatz das Wirtschaftsinteresse des Arbeitgebers.

Dass eine solche Argumentation aus verschiedenen Gründen anfechtbar ist, wird von der Rechtsrealität, zumindest in Deutschland, noch verkannt. Der Arbeitgeber trägt nicht nur das Verdienst- und zunehmend auch Insolvenzrisiko, sondern handelt auch durch die Schaffung von Arbeitsplätzen eben nicht mehr nur im eigenen Interesse. Das europäische System der freien und nach innen offenen Marktwirtschaft²⁴⁶ basiert auf Unternehmern, die die sozialpolitischen Notwendigkeiten der Gegenwart erkennen und Eigenkapital, eigene Arbeitskraft sowie Risikobereitschaft investieren und die Erwirtschaftung von Vermögenswerten ermöglichen. Dieses System wird gefährdet, wenn zunehmend Signale ausgesandt werden, die auf eine Erschwerung der unternehmerischen Freiheit hinauslaufen, wie es der Fall wäre, wenn lediglich unselbständige Arbeit haftungsrechtlich gefördert wird. Gerade in einer Zeit in der auf europäischer Ebene mehr denn je nach Wegen aus der steigenden Massenarbeitslosigkeit²⁴⁷ gesucht wird steigt der Wert der Leistung des Arbeitgebers. Profit liegt damit auch auf der Seite des Arbeitnehmers dem eine Verdienstmöglichkeit geschaffen wurde.

Ferner kommen nicht allein dem Arbeitgeber die Vorteile aus dem Bestand eines Unternehmens zugute.²⁴⁸ Existenz und Arbeitsplatz des Arbeitnehmers sind eng mit dem

²⁴⁵ Die Begründung für die auf dem Gerechtigkeitsempfinden beruhende Verknüpfung zwischen Vorteil und Schadenstragung analysiert *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung, 82 ff. Er stellt drei Herleitungen dar. Die erste beruht auf einer Ableitung der Schadenstragung aus der konkreten Ordnung des Betriebes, diese stelle nach *Herschel* (Das Unternehmerwagnis in Arbeits- und Wirtschaftsrecht, JherJ 90 (1943), 151,154 ff.) eine natürliche Ordnung dar nach der Erfolg und Haftung in einer gerechten Weise ausgewogen sein müssten. *Diem* stellt zwar im Ergebnis zu Recht fest, dass ein Zusammenhang von Vorteil und Schadenstragung hiermit dargestellt werden kann, er bestreitet jedoch, dass es sich hierbei um ein Rechtsprinzip handelt. Eine andere Ansicht führt volkswirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen als Begründung an. Die mit einem Betrieb verbundenen wesentlichen Benachteiligungen anderer müssten dem Betrieb zugewiesen werden, da andernfalls eine volkswirtschaftlich richtige Wertbildung nicht gegeben sei. Nur so kann gewährleistet werden, dass auf keiner Seite die Summe der Nachteile die der Vorteile übersteigt, denn der Arbeitnehmer habe im Gegensatz zum Betrieb weniger Vorteile. Die wesentlichen Nachteile müssten daher dem Betrieb zugeordnet werden um eine volkswirtschaftliche Schieflage zu vermeiden. Die dritte Herleitung beruft sich auf die Verbindung von Vorteil und Nachteil als rechtsethisches Prinzip, da niemand eigene Interessen auf Kosten anderer verfolgen dürfe. Auch im italienischen Recht: *Busnelli*, in: v. Bar, Deliktsrecht in Europa, Italien, 24.

²⁴⁶ *Oppermann*, Europarecht, Rz. 930.

²⁴⁷ In Europa waren Mitte der 90er Jahre nahezu 20 Mio. Arbeitslose verzeichnet. Die europäische Sozialpolitik hat sich daher der Förderung der Beschäftigung verschrieben, um die Massenarbeitslosigkeit zu bekämpfen. Beispiele hierfür sind die Einfügung eines Kapitels über die Beschäftigung in den EGV von Amsterdam 1997 und das sozialpolitische Aktionsprogramm 1998-2000 [KOM(1998)259]; *Oppermann*, Europarecht, Rz. 1643.

²⁴⁸ Zu kurz greift allerdings die Argumentation es fehle an der Allgemeingültigkeit des Prinzips, dass der Arbeitgeber grundsätzlich einen Vorteil erhalte, denn es gäbe auch Arbeitgeber, die keine Gewinnerzielung bezwecken, *Söğütlü*, Die Haftung des Arbeitnehmers bei der gefahrgeneigten Arbeit, insbesondere Dritten gegenüber, 31. Unabhängig davon, dass allein das Vorhandensein von Ausnahmen Grundsätze *per se* nicht ungültig werden lässt, so ist darüber hinaus die Anzahl der nicht auf Gewinnerzielung gerichteten

wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens verbunden.²⁴⁹ Häufig werden Arbeitnehmer auch direkt am Erfolg eines Betriebes beteiligt, sei es in kleineren Unternehmen durch Gehaltserhöhungen, Prämien oder sonstige Vergünstigungen wie Firmenwagen oder in größeren durch den Aufbau von sozialen Einrichtungen wie Kindergärten, Betriebssportstätten, Betriebskantinen und anderen Gratisleistungen. Die Notwendigkeit einer solchen Beteiligung der Arbeitnehmer haben die Großzahl der Betriebe erkannt, denn das Unternehmen basiert auf der Mitarbeit und dem Einsatz der Arbeitnehmer. Sind diese unzufrieden und fühlen sich zurückgesetzt, hinken Arbeitsmoral und Arbeitsleistung. In Zeiten des Rückganges rein mechanischer Tätigkeiten ist dies besonders nachteilhaft.

Der Arbeitnehmer, auf der anderen Seite, hat die Wahl, ob er eine bestimmte Tätigkeit ausführen möchte oder nicht- eine Vielzahl von Arbeitsplatzausgestaltungen, Weiterbildungsmaßnahmen und ein europaweiter Arbeitsmarkt gewähren heutzutage eine gewisse Flexibilität in der Wahl des Arbeitsplatzes. Das mit der Tätigkeit verbundene Risiko ist daher Teil der Entscheidung für oder auch gegen eine bestimmte Tätigkeit, die der Arbeitnehmer auch dementsprechend als zu seiner Aufgabe gehörig akzeptieren muß.

Die Argumentation der Vorteil-Nachteil Verteilung führt des Weiteren zu unpraktikablen Ergebnissen. Denn in Unternehmen mit gemeinnütziger oder öffentlicher Ausrichtung besteht häufig bereits keine gewinnorientierte Zielsetzung der Unternehmensstruktur. Arbeitnehmer in solchen Unternehmen müssten dementsprechend anders behandelt werden als solche privatwirtschaftlicher Betriebe.²⁵⁰ Ähnlich verhält es sich, wenn der Arbeitnehmer am Gewinn eines Unternehmens beteiligt ist, sei es über Tantiemen oder Provisionen. Auch hierbei läge der alleinige Vorteil nicht mehr nur bei dem Arbeitgeber mit der Folge, dass auf das Argument des alleinigen Profits für eine Haftungs begründung nicht abgestellt werden kann.²⁵¹

3.1.3.4 Zwischenergebnis

Das Betriebsrisiko ist dem Arbeitgeber mit dem Argument der Steuerung des Risikos über die ihm zustehende Organisationsbefugnis zuzuweisen.

Unternehmen verschwindend gering.

²⁴⁹ Beckers, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 19.

²⁵⁰ Brox/Walker, Die Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung gegenüber dem Arbeitgeber, DB 1985, 1469 f.

²⁵¹ Beckers, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 20.

3.1.4 Vertrauensgedanke

Einige Autoren²⁵² erklären eine partielle Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers mit der dem Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Dritten zugrundeliegenden Vertrauensbeziehung. Es wird die These vertreten, zwischen dem geschädigten Dritten und dem Arbeitnehmer sei im Falle, der Dritte sei Betriebsmittelgeber, ein eigenständiges Beziehungsgeflecht gegeben, welches aus dem Vertrauensgedanken heraus zu einer Haftungsbegrenzung führe.²⁵³ Das relevante Vertrauen sei die Redlichkeitserwartung, die allein einen reibungslosen Geschäftsverkehr ermögliche.²⁵⁴ Sofern dieses Vertrauen im rechtsgeschäftlichen Verkehr in Anspruch genommen werde, wirke es haftungsrelevant.²⁵⁵ Der Betriebsmitteleigentümer nehme durch die Sachüberlassung bewusst eine erhöhte Schadensfälligkeit in Kauf. Er müsse sich den Nutzen den er aus dem Betriebsengagement durch Zinserwirtschaftung, Mieteinnahmen etc. ziehe ebenso entgegenhalten wie den Einfluss, den er aufgrund seiner Investition in den Betrieb auf denselben habe.²⁵⁶

Es entstehe so eine Anspruchsbegrenzung zu Lasten des Geschädigten, denn dieser könne nur an der Haftungsmasse des Arbeitgebers festhalten auf die er ursprünglich vertraut habe. Der Geschädigte dürfe keinen Vorteil dadurch erhalten, dass auf der Schuldnerseite der Arbeitnehmer zu der Haftung des Arbeitgebers hinzutrete. Die Haftungsrelevanz des Vertrauens müsse auch in die deliktsrechtliche Haftung einfließen, da es andernfalls zu einer Umgehung der Vertrauensgrundsätze komme. Es bestehe daher eine Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers in den Fällen, in denen der Dritte, z.B. als Betriebsmittelgeber einen eigenen wirtschaftlichen Zweck verfolgt. Eine uneingeschränkte Außenhaftung des Arbeitnehmers führe im Falle einer Inanspruchnahme durch den Betriebsmittelgeber zu einer Ausweitung der Befriedigungsmöglichkeiten desselben. Diese sei jedoch unberechtigt, da der Dritte Vorteile aus der Tatsache zieht, dass nicht der Arbeitgeber selbst, sondern der Arbeitnehmer die Schädigung begangen habe.²⁵⁷ Einem ähnlichen Gedanken folgt auch *Beckers* mit seinem Lösungsansatz, der für Betriebsmittelgeber eine Beschränkung des Rückgriffs gegen Arbeitgeber/Arbeitnehmer

²⁵² *Annuß*, Die Haftung des Arbeitgebers, 48 ff.; *Pfeiffer*, Arbeitnehmerhaftung bei Eigentumsvorbehalt und Leasing, BB 1968, 134; *Gamillscheg/Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 96 f.; *Günther/Hase*, Sicherungseigentum an Betriebsmitteln und gefahrgeneigte Arbeit, AuR 1974, 364 ff.; *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 137; *Buchner*, Berufshaftpflichtversicherung oder gesetzliche Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, RdA 1972, 170 für alle Arten von Geschädigten in rechtlicher Beziehung zum Arbeitgeber; *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 306 ff.; *Räcke*, Haftungsbeschränkungen zugunsten und zu Lasten Dritter, 172.

²⁵³ *Annuß*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 49; *Günther/Hase*, Sicherungseigentum an Betriebsmitteln und gefahrgeneigte Arbeit, AuR 1974, 368 f.

²⁵⁴ *Lehmann*, Vertragsanbahnung durch Werbung, 305, m.w.N. in Fn. 46.

²⁵⁵ *Annuß*, Die Haftung des Arbeitgebers, 52 f.

²⁵⁶ *Günther/Hase*, Sicherungseigentum an Betriebsmitteln und gefahrgeneigte Arbeit, AuR 1974, 368; *Krause*, Die Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers, VersR 1995, 758.

²⁵⁷ *Annuß*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 61 ff.

aufgrund des Gedankens des *venire contra factum proprium* postuliert.²⁵⁸ Denn der Betriebsmittelgeber könne sich vor Überlassung durch vertragliche Klauseln zur pfleglichen Behandlung der Güter oder Versicherungsverpflichtungen vor den Folgen einer Schädigung der von ihm überlassenen Betriebsmittel absichern. Nehme der Betriebsmittelgeber diese Möglichkeiten nicht wahr, könne er sich nicht für seine eigenen Versäumnisse an dem Arbeitnehmer schadlos halten.²⁵⁹ Unbestritten bleibt bei den Lösungsansätzen die grundsätzlich bestehende Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem am Betriebsleben unbeteiligten Dritten. Hier ist naturgemäß kein Raum für Vertrauenserwägungen.

Die Theorie des Vertrauensgedankens ist insofern interessant, als dass der Ansatz bei der Frage nach der Schutzwürdigkeit des Geschädigten erfolgt.²⁶⁰ Zu Recht erkennt *Annuß*²⁶¹ jedoch, dass die Theorie des Vertrauensverhältnisses nur dann eingreifen kann, sofern der Arbeitnehmer auch wirklich in Ausführung einer Tätigkeit für den Arbeitgeber tätig wird, die dem Geschädigten zu Gute kommen soll. Die Haftung für die Tätigkeit im Rahmen einer „Sonderverbindung“²⁶² zwischen Arbeitgeber und Geschäftspartner ist daher nicht gleichzusetzen mit einer Haftung im Rahmen einer „Jedermann-Beziehung“.²⁶³ Wann eine Haftung im Rahmen der Sonderverbindung erfolgt ist demnach eine Frage der Zurechenbarkeit, die ungeachtet der ihr eigenen Unbestimmtheit mit den vorhandenen Instrumenten des Rechts gelöst werden kann.

Der Vertrauensgedanke als Begründung für die Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers ist jedoch trotz seiner vordergründig differenzierenden Argumentation umstritten.²⁶⁴ Denn zu Recht wird eingewandt, dass die Konstruktion einer Sonderverbindung zwischen Betriebsmittelgeber und Arbeitnehmer schwer nachzuvollziehen ist. Allein die Tatsache, dass in diesem Fall eine Vertragskette zwischen Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Betriebsmittelgeber besteht reicht allein für sich gesehen nicht aus, um eine vertrauensbedingte Haftungsminderung zu entwickeln. Die jeweiligen Vertragsverhältnisse bestehen unabhängig voneinander und dienen zumeist

²⁵⁸ *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 175 ff.

²⁵⁹ *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 175.

²⁶⁰ So auch das von *Räcke*, Haftungsbeschränkungen zugunsten und zu Lasten Dritter, 170 ff., als Lösungsansatz dargelegte System der Differenzierung der Außenhaftung nach Maßgabe der Schutzwürdigkeit des Geschädigten.

²⁶¹ *Annuß*, Die Haftung des Arbeitgebers, 65.

²⁶² Meist eine solche, in der der Dritte als Betriebsmittel- oder Produktionsmittelgeber auftritt.

²⁶³ Für eine Kanalisierung der Haftung im Falle gewerblicher Nutzung fremder Produktionsmittel durch den Arbeitgeber auf denselben und einer damit einhergehenden Enthftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Dritten auch *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 137.

²⁶⁴ Ablehnend z.B. BGH, Urteil v. 19. September 1989, BGHZ 108, 305, 315, allerdings lediglich gegen eine Beschränkung der Haftung im Wege der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung; *Blomeyer* in *Richardi/Wlotzke (Hrsg.)*, Münchener Handbuch Arbeitsrecht Bd. 1, Individualarbeitsrecht, § 60 Rn. 10 ff; *Sandemann*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, 188 ff., 54 ff.

unterschiedlichen wirtschaftlichen Zwecken. Eine Verknüpfung beider Verhältnisse ist daher schwerlich zu begründen.²⁶⁵

Ferner ist einzuwenden, dass die Bildung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Drittem und Arbeitnehmer nicht zu begründen ist. Die Annahme eines solchen Vertrauensverhältnisses beruht auf einer doppelten Fiktion. Zunächst wird vermutet der Betriebsmittelgeber vertraue darauf, im Falle eines Schadens allein von dem Arbeitgeber befriedigt zu werden. Ob dies wirklich der Fall ist, ist nicht verifizierbar.²⁶⁶ Selbst wenn aber ein solches Vertrauen besteht, ist nicht nachvollziehbar, weshalb dieses Vertrauen neben einer Haftungsbegründung gegenüber dem Arbeitgeber auch eine Haftungsminderung zur Folge haben sollte.²⁶⁷ Eine solche Folge kann nur eintreten, wenn zwischen einem tatsächlich gegebenen psychologischen Vertrauen und einem normativ gebotenen Vertrauen unterschieden werden kann und das psychologische Verhalten verwerflich wäre. Welche Ausgestaltung und Eigenschaften ein normatives Vertrauen haben sollte, kann jedoch nicht am Vertrauen selbst festgemacht werden, denn das Vertrauen ist gerade universal und besitzt keine eigene Abgrenzungskraft und Spezifität.²⁶⁸ Es fehlt folglich bereits an einem Vergleichsmaßstab für das tatsächliche psychologische Vertrauen des Dritten und die daraus resultierenden Pflichtverhältnisse.²⁶⁹

Allein diese Weite des Vertrauensgedankens lässt daher eine Haftungsbeschränkung nicht begründen. Als Ansatz zur Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers ist der Vertrauensgedanke aufgrund seiner Unschärfe nicht geeignet.

3.1.5 Gefährdungshaftung des Arbeitgebers

Bereits aus dem 19ten Jahrhundert stammt der Ansatz, die Haftung des Arbeitgebers für ein Delikt seines Arbeitnehmers als Eigenhaftung anzusehen.²⁷⁰ Der Arbeitgeber werde dafür in Anspruch genommen, dass sich eine Gefahr, die er in Verkehr gebracht habe verwirklichte. Derjenige, der einen anderen beschäftige kreierte eine Gefahr, ähnlich dem, der ein Gefahrgut transportiere oder wilde Tiere halte. Der Haftungsgrund werde demzufolge auf den Zeitpunkt der Anstellung des Arbeitnehmers vorverlagert. Jeder Schaden, der durch den Arbeitnehmer verursacht werde stelle damit lediglich eine

²⁶⁵ Sandemann, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, 188, 189.

²⁶⁶ Sandemann, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, 189.

²⁶⁷ Sandemann, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, 53.

²⁶⁸ Picker, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, 1046.

²⁶⁹ Sandemann, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, 54 ff.

²⁷⁰ Atiyah, Vicarious liability in the law of torts, 21, m.w.N. Fn. 18. die Gefährlichkeit einer Sache wird als generelles Konzept zur Begründung von Gefährdungshaftung auch heute noch in anderen Bereichen herangezogen, Koch/Koziol, Comparative Conclusions in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, 410 [64]-[66].

Verwirklichung der zuvor relevant gewordenen Gefahr dar.²⁷¹

Es gibt Haftungstatbestände, die nicht an eigenes Verschulden anknüpfen.²⁷² Die Grundlage für die meisten dieser Tatbestände ist das In-Verkehr-Bringen einer Gefahr.²⁷³ Der Arbeitnehmer stellt keine vergleichbare Gefahr für die Allgemeinheit dar. Anders als Gefahrgüter oder Tiere besitzt der Mensch ein Bewusstsein und ein vom Willen gesteuertes Handeln. Der Arbeitnehmer ist daher keine Gefahr ähnlich einem dem Grunde nach unkontrollierten Wesen, vielmehr handelt auch der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit willensgesteuert. Der Schadeneintritt ist demnach nicht allein von der Tatsache bestimmt, dass der Arbeitnehmer beschäftigt wird, sondern auch davon wie sich der Arbeitnehmer eigenverantwortlich im Rahmen seiner Beschäftigung verhält. Eine Vergleichbarkeit zu anderen „Gefahrguthaftungstatbeständen“ ist aus diesem Grunde bereits nicht gegeben. In der Konsequenz ist die angeführte Argumentation nicht haltbar. Denn wenn sich die Haftung des Arbeitgebers allein auf der Tatsache begründet, dass er den Arbeitnehmer als Gefahr für die Allgemeinheit „in den Verkehr“ bringt, so muss der Arbeitgeber auch für vorsätzliches Verhalten des Arbeitnehmers uneingeschränkt haften. Den Arbeitnehmer als Gefahr anzusehen hieße zum einen ihn vollends von der Haftung freizusprechen, andererseits aber auch ihm in seinem Recht auf selbstverantwortliches Handeln zu beschränken. Denn der Haftung des Arbeitgebers müssten entsprechende weitgehende Kontrollbefugnisse entgegengesetzt werden.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine Vielzahl von Situationen eine Pflicht zur Delegation an einen Spezialisten beinhalten, da nur so eine echte Gefahrenvermeidung möglich wird.²⁷⁴ In einem solchen Fall wird der Arbeitnehmer nicht zur Gefahrenquelle sondern im Gegenteil zum Instrument der Sicherung und Vorsorge.

Dieser Erklärungsansatz ist im Ganzen nur schwer mit dem heutigen Gesellschafts- und Menschenbild der westlichen Welt in Einklang zu bringen.

3.1.6 Historische Vergeltung

Ähnlich überholt ist die historische Herleitung einer Haftung des Arbeitgebers aus dem Gedanken der Genugtuung im Rahmen einer späten Vergeltung.²⁷⁵ So wird angeführt die Gerechtigkeit erfordere einen Ausgleich für die früher geltende Haftung im (britischen) Sklavenrecht, wonach der Sklave, sofern er einen Dritten schädigte, von seinem Besitzer dem Dritten überlassen werden musste, damit dieser sich rächen oder seinen Schaden

²⁷¹ Diese Argumentation unterscheidet sich von der Debatte um das Betriebsrisiko dadurch, dass die Gefahr nicht in dem Betriebsrisiko gesehen wird, sondern in der Anstellung eines Individuums.

²⁷² Beispielhaft hier nur die in Deutschland gegebene Tierhalterhaftung, § 833 S. 1 BGB.

²⁷³ *Palandt/Thomas*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 833, Rz. 1.

²⁷⁴ v. *Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Rz. 180.

²⁷⁵ *Atiyah*, Vicarious liability in the law of torts, 19, m.w.N.

durch ihn ersetzen könne. Später konnte der Besitzer zwar seinen Sklaven durch eine Geldzahlung von der Übergabe an den Dritten freistellen und ihn somit selbst behalten, das Rechtsempfinden erfordere jedoch eine Umkehrung des so stattgefundenen Unrechts, so dass nunmehr der Arbeitgeber für das deliktische Handeln seines Arbeitnehmers einzustehen habe.

Abgesehen von der Fraglichkeit der historischen Tatsachen²⁷⁶, der Übertragbarkeit auf ganz Europa und der Vergleichbarkeit des Sklavendaseins mit dem des heutigen Arbeitnehmers kann eine historische Verantwortung gegenüber bereits verstorbenen Generationen nicht Sinngehalt und Erklärungsinhalt einer heute zu treffenden Regelung sein, eine solche muss sich vielmehr an den Gegebenheiten der Gegenwart orientieren und den Bedürfnissen der heutigen Arbeitsrealität genügen.

3.1.7 Existenzgefährdung des Arbeitnehmers

Es existiert die These eine Haftung des Arbeitnehmers sei einzuschränken, da im Schadensfall eine Existenzgefährdung des Arbeitnehmers drohe.²⁷⁷ Die Sicherung des Lebensunterhaltes im Schadensfall sei eine Verpflichtung die aus dem Sozialstaatsprinzip²⁷⁸ bzw. dem Persönlichkeitsrecht²⁷⁹ heraus entspringe. Diese Argumentation ist im europäischen Kontext nur dann haltbar, wenn ein entsprechendes System der Sozialsicherung auch europaweit zu einer ähnlichen rechtlichen Verpflichtung führt.

Die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen aller europäischen Bürger ist eines der Ziele der EU. In der Durchsetzung dieses Zieles ist die Kommission aber durch nationale Sozialpolitiken begrenzt und kann nur indirekt auf diese einwirken.²⁸⁰ Denn bei der Angleichung der Sozialordnungen ist die Rolle der EU gem. Art. 173 EGV auf Unterstützung und Ergänzung der nationalen Sozialpolitiken beschränkt.²⁸¹ Sozialpolitik

²⁷⁶ Nachweise bei: *Atiyah*, Vicarious liability in the law of torts, 19, Fn 6.

²⁷⁷ *Däubler*, Die Haftung des Arbeitnehmers- Grundlagen und Grenzen, NJW 1986, 867, 869; *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 40.

²⁷⁸ *Benda*, Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des BAG und des Bundesverfassungsgerichts, RdA 1979, 1,5.

²⁷⁹ *Däubler*, Die Haftung des Arbeitnehmers- Grundlagen und Grenzen, NJW 1986, 867, 871; *Steindorff*, Bemerkungen zur Haftung des Arbeitnehmers für die von ihm verursachten Schäden, AuR, 1966, 65, 68.

²⁸⁰ *Oppermann*, Europarecht, Rz. 1873.

²⁸¹ *Oppermann*, Europarecht, Rz. 1972, Die Union hatte zunächst festgestellt, dass Unterschiede in den Sozialordnungen einen wirtschaftlich-sozialen Faktor ersten Ranges darstellen. Der Streit, welche Konsequenzen dies erfordere, wurde dahingehend gelöst, dass sich die Kosten über ein Spiel der Marktkräfte selbst regulieren sollten. Sozialkosten wurde mithin als standortbedingte, natürliche Kosten angesehen. Die Ansicht, diese Kosten der sozialen Sicherung seien künstliche Kosten, die Harmonisierungsmaßnahmen erfordern, setzte sich nicht durch. Ergebnis der Diskussion war daher eine Entscheidung für die Koordinierung der nationalen Sozialpolitiken, *Oppermann*, Europarecht, Rn. 1631.

ist primär Angelegenheit der Länder und soziale Zielsetzungen werden daher weiterhin autonom von den Mitgliedsstaaten bestimmt.²⁸² Ein System der Sozialsicherung oder des Sozialstaatsprinzips kann europaweit nicht gesehen werden.

Allerdings ist der Gedanke der Existenzsicherung auch für die Union nicht unbekannt. Die in Nizza 2000²⁸³ proklamierte Charta der Grundrechte enthält in Art. 34 Abs. 3²⁸⁴ das Prinzip der Bekämpfung der Armut, wobei die Sicherstellung des menschenwürdigen Daseins ausdrücklich zum Gegenstand der Charta gemacht wurde. Existenzsicherung in seiner Konzeption ist nichts anderes als das. Zwar ist die Charta, zumindest bisher, rechtsunverbindlich, die Präamble macht jedoch deutlich, dass die in der Charta angeführten Rechte von der Europäischen Union geachtet werden. In diesem Sinne geht von der Charta aufgrund ihrer präzisen Darstellung der Bürgerrechte eine Signalwirkung aus.²⁸⁵ Sie kann daher als Argumentationshilfe zu Rate gezogen werden.

Angeführt wird auch, dass die Heranziehung des Gedankens der Existenzgefährdung zur Haftungsbeschränkung sich aus dem Gerechtigkeitsempfinden ergebe.²⁸⁶ Es sei ungerecht, wenn jemand wegen eines leichten Verschuldens lebenslang am Existenzminimum leben müsse.²⁸⁷

Dennoch ist diese Argumentation als Herleitung einer Haftungsbegrenzung nicht geeignet. Sofern die Charta der Grundrechte der Europäischen Union herangezogen wird, ist auch auf das Zusammenspiel der unterschiedlichen Grundrechte zu achten. Insbesondere das spezifisch festgelegte Grundrecht auf unternehmerische Freiheit²⁸⁸ muss als Gegenpol zu dem Grundrecht der Existenzsicherung in die Erwägungen einbezogen werden. Eine uneingeschränkte Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen ist daher aus der Charta selbst nicht herzuleiten. Vielmehr muss berücksichtigt werden, dass der Arbeitgeber das Recht auf freie unternehmerische Entfaltung genießt, das nicht allein mit dem Hinweis auf Existenzsicherung unterlaufen werden darf.

Weiterhin kann die Begründung mit einer drohende Existenzgefährdung auch aus sich

²⁸² *Oppermann*, Europarecht, Rn. 1635; zu sozialen Rechten unter EG-Recht: *Szysczak*, Social Rights as General Principles of Community Law, in: *Neuwahl/Rosas* (Hrsg.), The European Union and Human Rights, 207 ff.

²⁸³ Tagung des Europäischen Rates vom 7.-11. Dezember 2000 in Nizza, Frankreich.

²⁸⁴ Wortlaut: „Um die soziale Ausgrenzung und die Armut zu bekämpfen, anerkennt und achtet die Union das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung, die allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen sollen, nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.“.

²⁸⁵ *Tettinger*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NJW 2001, 1010.

²⁸⁶ *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 89 f.

²⁸⁷ *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 40 f.

²⁸⁸ Art. 15 II der Charta.

selbst heraus nicht zur Begrenzung der Haftung führen. Aus den gleichen Gründen könnte auch die Haftung des Arbeitgebers abgelehnt werden, denn dieser ist ebenfalls durch eine Haftung für den Arbeitnehmer potentiell in seiner Existenz gefährdet und dies im Falle der Vikarhaftung zudem ohne jegliches eigene Verschulden. Es ist auch nicht zu erklären, weshalb die materielle Sicherung schwacher Wirtschaftsteilnehmer den Grundsatz der Haftung für eigenes Verschulden unterlaufen soll.²⁸⁹ Die Existenzgefährdung wird außerdem durch die Vollstreckungsregelungen weitestgehend abgemildert. Zumindest in Deutschland hat der Gesetzgeber eine Pfändungsfreigrenze festgesetzt, die verhindert, dass die Existenz vollständig bedroht wird. Dies gilt auch für die meisten anderen europäischen Länder. Eine Begründung weshalb diese bereits bestehende Sicherung der Existenz durch das Instrument der Haftungsbeschränkung für den Arbeitnehmer noch erweitert werden soll ergibt sich aus dem Dargelegten nicht.

Das Argument der Existenzgefährdung erhält seine Substanz durch den Gedanken der Risikoübernahme kraft Veranlassung des Arbeitgebers. Die „Unbilligkeit“ wird dadurch hervorgerufen, dass die Existenzgefährdung nicht durch eine selbst veranlasste Handlung hervorgerufen wird sondern, wie zuvor erläutert, auf der Schaffung und Gestaltung des Tätigkeitsrisikos durch den Arbeitgeber basiert. Dies ist jedoch keine Frage der Existenzgefährdung an sich sondern des hiervon zu trennenden Gedankens des durch den Arbeitgeber geschaffenen Betriebsrisikos.

3.1.8 Identifikation von Arbeitnehmer und Arbeitgeber

Auf der Fiktion der Identität von Arbeitnehmer und Arbeitgeber beruht ein weiterer Ansatz zur Begründung der Haftungsteilung zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses.²⁹⁰ Nach dem Grundsatz „*qui facit per alium facit per se*“ werden Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Einheit gesehen. Dies wird mit der Unternehmenspersönlichkeit begründet, die als verbindendes Element über den Beteiligten stehe. Zwar seien sie nicht wie z.B. Aktieninhaber als gleichgestellte Partner am Betrieb beteiligt, eine faktische Verbundenheit bestünde jedoch aufgrund der nach außen dargestellten Betriebseinheit und der Zusammenarbeit von Arbeitnehmern und Arbeitgeber.

Einzuwenden ist hier nicht nur, dass es sich bei der Identifikation von Arbeitnehmer und Arbeitgeber lediglich um eine reine Fiktion handelt, die sich auf die Sichtweise von außen beschränkt. Ferner dürfte dieser Ansatz auch der Gefühlsrealität der Beteiligten nicht gerecht werden. Zwar besteht teilweise eine Identifikation von Arbeitnehmern und Arbeitgebern mit dem Betrieb, gerade die immer wieder aufflammenden tarifrechtlichen Diskussionen zeigen jedoch, dass eine umfassende innere Einheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht bestehen kann. Haftungsrechtliche Konsequenzen aus dem gemeinsamen Auftreten nach außen aus einer Unternehmensidentität herzuleiten greift zu

²⁸⁹ Ähnlich auch Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen im Austauschverhältnis, 90 f.

²⁹⁰ Atiyah, Vicarious liability in the law of torts, 19; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 648 f; Donndorf, Die Haftung des fahrlässigen Arbeitnehmers im englischen Recht, 91; für den Betrieb als Haftungseinheit auch: Drewitz, Der Grundsatz: Die Versicherung folgt der Haftung, 220 (zusammenfassend).

weit an den faktischen Gegebenheiten vorbei.

3.1.9 Äquivalenz von Arbeitsentgelt und Risiko

Ein Argument für die Haftungsbegrenzung das sich schon früh in der deutschen Rechtsprechung und Literatur findet begründet einen Haftungsausschluss mit dem mangelnden Risikoentgelt das der Arbeitnehmer erhalte.²⁹¹ Eine Äquivalenz von Arbeitsentgelt und Risiko sei nicht gegeben. *Otto* wendet ein, das Arbeitsentgelt des durchschnittlichen Arbeitnehmers decke gerade mal die monatlichen Ausgaben²⁹². Das Einkommen aus unselbständiger Arbeit ermögliche es dem Arbeitnehmer daher nicht Rücklagen für einen Schadensfall zu bilden oder im Falle eines Schadens diesen durch Ratenzahlung abzudecken.²⁹³

Dieser Begründungsansatz ist mit seiner allgemein gehaltenen These nicht auf die Gegenwart übertragbar. Zum einen ist festzustellen, dass viele Arbeitnehmer entweder keine Familie besitzen, in einer Lebensgemeinschaft zweier „Verdiener“ leben oder sogar verhältnismäßig viel verdienen, wie es bei qualifizierten Arbeitskräften der Fall ist. Es kann also nicht, wie von *Otto*²⁹⁴ dargetan, von den Ausgaben und Kosten einer Familie mit einem Verdiener und 2 Kindern ausgegangen werden. Geringere Kosten und höheres Einkommen erhöhen jedoch die Rücklagefähigkeit, die nicht allgemein verneint werden.

Die Rücklagefähigkeit des Arbeitnehmers mag in den meisten Fällen geringer sein als die des Arbeitgebers. Selbst mit geringen Rücklagen, wie sie z.B. in einer Versicherung angelegt werden könnten, ist eine Risikoabsicherung möglich. Dabei kann das Argument, dass derzeit keine Versicherungen für Arbeitnehmer am Markt sind nicht angeführt werden, denn die Versicherungswirtschaft reagiert auf die rechtlichen Gegebenheiten und

²⁹¹ Arbeitsgericht Plauen vom 04. November 1936, Arbeitsrechtssammlung 29, 337; kommentiert auch bei *Bäumler*, der Anwendungsbereich der Schadensteilung im Arbeitsverhältnis, 2; *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung, 72; *Witt*, Zur Haftungssituation des Arbeitnehmers im Bereich „schadensgeneigter Arbeit“ bei Schädigung des Arbeitgebers und betriebsfremder Dritter, 164; *Gaul*, Ein Lösungsweg der Haftung des Arbeitnehmers bei schadengeneigter Arbeit nach geltendem Recht, AuR 1965, 229; der eine Freistellung des Arbeitgebers von der Haftung für den Fall vertritt, dass das Risiko des Arbeitnehmers durch Zahlung einer „Verantwortungsprämie“ abgelöst wird, obwohl die Grundlage der Prämienzahlungsverpflichtung in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gesehen wird.

²⁹² Inwiefern dies heutzutage noch zutrifft liegt im Ermessen des Betrachters. 1998 lag das durchschnittliche Monatseinkommen eines 4-Personen Arbeitnehmerhaushalts nach Abzug von Steuern und Sozialbeiträgen bei 5000 DM (alte Länder: 5571 DM, neue Länder 4540 DM). Allerdings zzgl. Zinseinnahmen und anderer Kapitalerträge. Die Ausgaben beliefen sich für den privaten Verbrauch auf durchschnittlich 3972,50 DM (alte Länder: 4313 DM, neue Länder 3632 DM). Quelle: v. *Baretta* u.a., Der Fischer Weltalmanach 2002. Grosse Kapitalrücklagen dürften allerdings auch mit dem heute verbleibenden Einkommen nicht zu bilden sein.

²⁹³ *Otto*, Ist es erforderlich die Verteilung des Schadensrisikos bei selbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 39.

²⁹⁴ *Otto*, Ist es erforderlich die Verteilung des Schadensrisikos bei selbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 38 f.

wird die entsprechenden Produkte bei Bedarf vertreiben oder kann durch den Gesetzgeber zum Vertrieb der Produkte animiert werden.

Allein die Äquivalenz von Arbeitsentgelt und Risiko ist daher ungeeignet die Haftungsbeschränkung zu begründen.

3.1.10 Betriebsfrieden

Die Rechtfertigung der Haftungserleichterung für den Arbeitnehmer wird auch mit der Notwendigkeit der Sicherung des Betriebsfriedens begründet.²⁹⁵ Nur dort, wo Klarheit hinsichtlich der Inanspruchnahme herrsche und diese für den Arbeitnehmer kalkulierbar und vor allem auch bezahlbar bleibe, sei der Betriebsfriede gewahrt.

Gegen diese Argumentation spricht, dass Auseinandersetzungen über eine Schadenstragung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kaum vorkommen. Sie sind zumeist den Streitigkeiten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorbehalten. Der Betriebsfrieden ist daher praktisch nicht gefährdet.²⁹⁶ Dies findet seinen Grund darin, dass auch die Unternehmen erkannt haben, dass Schadenersatzforderungen schädlich für das Betriebsklima sind. Die Belastungen des Arbeitsklimas wiegen zumeist schwerer als die finanziellen Einbußen.²⁹⁷ Wesentlich effektiver wirken Schulungen, Versetzungen, Abmahnungen und Kündigungen.

Bei hohen Schadenssummen besteht jedoch kein Interesse des Arbeitgebers an einer eigenen Haftung, nur um den Betriebsfrieden zu wahren. Gerade dann also, wenn der Betriebsfriede am meisten gefährdet ist, greift die oben dargestellte Praxis nicht mehr. Die Argumentation mit dem Betriebsfrieden ist trotz alledem nicht haltbar. Es ist nicht Sache eines Normgebers Firmen ihre Unternehmensphilosophie vorzuschreiben. Das Haftungsrecht ist kein Instrument hoheitlicher Einflussnahme in die Betriebssouveränität. Die Freiheit von Unternehmen kann nicht mit der Argumentation der Betriebsfriedenssicherung eingeschränkt werden, denn der Wert der freien Geschäftsausübung ist höher anzusetzen als das Interesse der Gesellschaft an Betriebsfrieden. Es bleibt vielmehr in der Hand der Betriebe selbst ihr Sozialgefüge zu organisieren. Hierbei steht es ihnen frei eigene Sicherungen des Betriebsfriedens einzurichten. Ein haftungsrechtlicher Eingriff lässt sich mit dem Betriebsfrieden nicht begründen.

²⁹⁵ BAG v. 25.9.57, AuR 1957, 338, BAGE 5,1.

²⁹⁶ Steindorff, Bemerkungen zur Haftung des Arbeitnehmers für die von ihm verursachten Schäden, AuR 1966, 65 f.

²⁹⁷ Gamillscheg/Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers, 47.

3.1.11 Verpflichtung aus Eigentum

Eine Haftungsbeschränkung zugunsten des Arbeitnehmers könnte sich auch aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums herleiten lassen.²⁹⁸ Dann müsste das Eigentum am Gewerbebetrieb den Arbeitgeber dazu verpflichten eine Haftungsfreistellung des Arbeitnehmers vorzunehmen. Nicht nur die nationalen Rechte kennen die Verpflichtung aus Eigentum²⁹⁹ auch in der Grundrechtscharta der Europäischen Union ist die Sozialverpflichtung des Eigentums niedergelegt.³⁰⁰ Fraglich ist jedoch, ob aus der Sozialpflichtigkeit selbst eine Begründung für die Haftungsübernahme durch den Arbeitgeber konstruiert werden kann. Zwar ist eine genaue Definition der Sozialpflichtigkeit im europäischen Kontext noch nicht erfolgt, so dass die These, das Eigentum am Gewerbebetrieb verpflichte dazu den Arbeitnehmer, der auf weniger Eigentum zurückgreifen kann aus diesem Gewerbeeigentum von Haftung freizustellen nicht an rechtliche Grenzen stößt. Andererseits wird gerade durch die Ausdehnung der Eigentumsverpflichtung auch die Freiheit am Markt begrenzt. Das Wechselspiel zwischen Schutz- und Verpflichtungscharakter im europäischen Grundrechtssystem bietet hier noch zu wenige Anhaltspunkte um eine oben dargestellte Argumentation zu stützen.

Der Gedanke der Verpflichtung aus Eigentum ist bereits frühzeitig von *Atiyah* und *Barty* aufgegriffen worden.³⁰¹ Sie argumentierten, der Arbeitgeber verfüge gewöhnlich über eine höhere Solvenz als der Arbeitnehmer. Daher sei er fähig einen anfallenden Schaden zu ersetzen, während der Arbeitnehmer dies nur aus dem ihm zur Verfügung stehenden Gehalt tun könne. Dieses Gehalt sei jedoch immer geringer als das Vermögen, welches dem Arbeitgeber zur Verfügung stünde. Das Recht verlange nach einer Lösung, die praktikabel sei. Eine Praktikabilität der Haftungszuweisung sei jedoch nur dann gegeben, wenn der Haftende auch für die Haftung finanziell einstehen könne.

Atiyah selbst übergeht mit dem Argument, die Rechtsordnung erfordere eine praktikable Lösung der Haftungsfrage den Einwand, dass das Haftungsrecht nicht auf die Vermögenslage begründet werden kann. Selbst wenn sich ein vermögender Arbeitgeber findet, so wird es immer jemanden geben der noch vermögender ist. Folgt man dieser Argumentation wäre es im Ergebnis sogar denkbar einem reichen Geschädigten keinen Schadenersatz für einen ihm zugefügten Schaden zuzusprechen, da er selbst in der Lage wäre den Schaden aus seinem Vermögen (besser noch als der Schädiger) zu kompensieren. Die Schadensausgleichsfunktion und die Wiedergutmachungsfunktion des Deliktsrechts werden mit einer solchen Handhabung zu Grabe getragen werden. Der Begriff „Reichtum“ wird zur Haftungs begründung herangezogen und zur eigenständigen Rechtskategorie

²⁹⁸ *Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung, 167 ff. m.w.N.

²⁹⁹ So z.B. Art. 14 II GG.

³⁰⁰ Art. 17 Abs. 1 S. 2: „Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.“

³⁰¹ *Atiyah*, Vicarious liability in the law of torts, 22.

stilisiert.³⁰² Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Einzelnen stehen jedoch in keinem Zusammenhang zur Schadenszufügung, so dass in der Folge die Haftungstragung durch Zufall bestimmt wäre.

Abgesehen von der Unvereinbarkeit dieses Ansatzes mit den bestehenden Haftungsprinzipien ist bereits die Prämisse, der Arbeitgeber sei vermögender als der Arbeitnehmer nicht haltbar. Dies mag häufig der Fall sein, Ausnahmen bestehen jedoch beispielsweise wenn der Arbeitnehmer aus vermögendem Hause stammt oder der Arbeitgeber sich in Zahlungsschwierigkeiten befindet. Die Sozialverpflichtung des Eigentums ist daher nicht als Begründung für eine Haftungsteilung heranzuziehen.

3.1.12 Beweislast

Aus dem anglo-amerikanischen Raum stammt auch die Argumentation, eine Haftung des Arbeitgebers sei geboten, da dessen Haftung leichter nachgewiesen werden könne, als die des einzelnen Arbeitnehmers.³⁰³ Während der Arbeitnehmer für den verletzten Dritten oft aufgrund der Arbeitsorganisation nicht identifizierbar sei, könne wesentlich leichter festgestellt werden, dass eine Tätigkeit für einen bestimmten Arbeitgeber vorgenommen wurde. Um zu verhindern, dass der Geschädigte aufgrund der Tatsache, dass er den konkreten Schädiger nicht nachweisen könne, ohne Schadenersatz verbleibe, müsse daher eine Inanspruchnahme des Arbeitgebers möglich sein.

Dies mag für einige Rechtsordnungen so zunächst stimmen, die Unwägbarkeiten, die aus der Unübersichtlichkeit der internen Betriebsorganisation für den Dritten entstehen werden heutzutage häufig bereits durch Produkthaftgesetze³⁰⁴ aufgefangen. Die Tatsache, dass Vorgänge für den Außenstehenden nicht nachvollziehbar und damit nicht nachweisbar sind, erfordern auch nicht die radikale Abstimmung der Haftungsgrundlage auf die Situation. Einfacher und treffender wird eine solche Problematik durch die Schaffung einer Beweislastumkehr gelöst.

Der Argumentationsansatz versagt auch insofern, als unklar bleibt, ob und in welchem Maße dem Arbeitgeber ein Rückgriffsrecht gegen den Arbeitnehmer eingeräumt werden muss. Allein das Argument der Beweislast ist nicht geeignet eine materielle Lösung der Außenhaftung zu begründen, die auch die Haftungsverteilung im Innenverhältnis berücksichtigt. Die Beweislast kann allenfalls angeführt werden, um das Eintreten des Arbeitgebers nach außen zu begründen.

³⁰² *Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung, 167.

³⁰³ *Atiyah*, Vicarious liability in the law of torts, 20.

³⁰⁴ So auch das von *Atiyah* angeführte Beispiel *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, H.L., in dem eine Verbraucherin eine Schnecke in ihrem Getränk vorfand.

3.1.13 Zwischenergebnis

Zwei Argumente für die Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers sind nach der vorliegenden Untersuchung nicht von der Hand zu weisen. Zum einen besteht eine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers³⁰⁵ gegenüber dem Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer ist weisungsgebunden und abhängig, so dass er dem Arbeitgeber in einem begrenzten aber gewichtigen Bereich ausgeliefert ist. Zum anderen spricht auch die Schaffung und Beeinflussung des Risikos³⁰⁶ durch den Arbeitgeber im Rahmen der Betriebsrisikolehre für eine Haftungsverlagerung auf den Arbeitgeber. Die europäische Haftungspraxis lässt darauf schließen, dass zumindest die Heranziehung des Betriebsrisikos als Argument für eine Haftung des Arbeitgebers Akzeptanz findet. In Europa wird die Herrschaft oder Obhut über Sachen und Gefahren allgemein als Haftungsgrund anerkannt.³⁰⁷ Die Herleitung einer Haftung aus dem Rechtsgrund des Betriebsrisikos lässt sich entsprechend hierunter subsumieren und steht damit im Kontext einer europäischen Rechtstradition.

3.2 Gründe gegen eine Beschränkung der Haftung

Gegen eine Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers sprechen einige der Argumente die im vorhergehenden Abschnitt zur Ablehnung von Begründungsansätzen geführt haben. Auch Implikationen die sich bei der praktischen Umsetzung einer solchen Regelung ergeben könnten, sind als Begründung gegen eine Beschränkung der Haftung zu untersuchen. Ferner sind diejenigen Argumente zu betrachten, die aus der Natur des Deliktsrechts entspringen. Denn die grundsätzliche Haftung für eigenes Verschulden basiert auf verschiedenen Zielsetzungen, die dem Deliktsrecht innewohnen. Eine Durchbrechung dieser Grundsätze ist nur dann geboten, wenn auf die deliktsrechtlichen Funktionen verzichtet werden kann oder eine Einschränkung durch die Haftungsbeschränkung nicht stattfindet.

3.2.1 Präventive Funktion

Die Modifikation der Haftung hat immer eine Modifikation der Sorgfaltsanforderungen zur Folge. Sorgfaltsanforderungen üben eine präventive Funktion aus.³⁰⁸ Die Einschränkung der Schadenersatzpflicht begründet eine Reduktion der Sorgfaltsanforderungen, denn der potentielle Schädiger, mithin der Arbeitnehmer, wird mangels eigenem finanziellen

³⁰⁵ Siehe 3.1.2.

³⁰⁶ Siehe 3.1.3.1.

³⁰⁷ *Magnus*, Elemente eines europäischen Deliktsrechts, ZeuP 1998, 611 m.w.N; *Magnus*, European Perspectives of Tort Liability, European Review of Private Law, 1995, 431.

³⁰⁸ *Däubler*, Die Haftung des Arbeitnehmers- Grundlagen und Grenzen, NJW 1986, 867, 870; *Löwisch/Arnold*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 05.12.1983, JZ 1984, 619, 622; *Lange*, Schadenersatz, 10; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 111 f.; *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 411.

Eintreten für die Folge einer Rechtsverletzung die Rechtsgüter anderer in einem geringeren Maße schützen oder zumindest weniger Sorgfalt walten lassen.³⁰⁹ Dem tritt das Haftungsrecht entgegen, indem das persönliche Eintreten des Schädigers die Sorgfalt steigert und so eine subjektive Präventionsfunktion ausübt.³¹⁰ Eine Einschränkung dieser Funktion beeinträchtigt die Arbeitssicherheit und die Sicherheit der Allgemeinheit.³¹¹

Zwar wird in der deutschen Literatur der Präventionszweck angezweifelt³¹², selbst Kritiker des Präventionsgedankens geben jedoch zu, dass eine präventive Wirkung des Schadenersatzes zumindest sekundär als Folge der Ausgleichsfunktion eintritt.³¹³ Mit Blick auf die Erfahrungen mit Kraftfahrzeughaftpflichtversicherungen ist der Einwand zu hören, die präventive Funktion des Schadenersatzrechts trete hinter der Abschreckung des Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts zurück.³¹⁴ Denn auch hinsichtlich des Verhaltens des Arbeitnehmers bleiben diese anderen Rechtsgebiete als Garanten des Rechtsgüterschutzes erhalten.

Überdies kann der Präventionszweck bei Fahrlässigkeitsdelikten keine Wirkung entfalten, denn gerade hier ist sich der Schädiger nicht bewusst, dass er ein Delikt begeht, der Gedanke an das Entstehen für den Schaden kann somit keinen Einfluss entfalten.³¹⁵ Dasselbe gilt für viele Bereiche im Arbeitsleben, in denen der Arbeitnehmer in eine arbeitsteilige Organisation eingebunden ist und über keinen Ermessensspielraum verfügt, der es ihm ermöglichen würde durch eine Verhaltenssteuerung den Schadenseintritt zu verhindern.³¹⁶

³⁰⁹ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rz 306, 307. Mit entsprechender Darlegung der englischen Rechtsprechungslinie: *Donndorf*, Die Haftung des fahrlässigen Arbeitnehmers im englischen Recht, 115.

³¹⁰ *Boettinger*, Überwindung der Haftpflichtversicherung, *VersR* 1952, 308; *Gamillscheg*, Empfiehlt es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln?, *Verhandlungen zum 45. DJT*, Bd. 2, G 29 ff., der weitergehend die Etablierung einer Betriebsbuße bzw. -ordnungsstrafe befürwortet; *Bullinger*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung, in *FS für Ernst v. Caemmerer*, 303, *Bullinger* legt der Präventionsfunktion das verfassungsrechtlich verankerte Prinzip des Rechtsgüterschutzes zugrunde. Das Haftungsrecht erfülle damit das Anliegen der Rechtsordnung primär Schadensvermeidung zu fördern statt sekundär einen Schadensausgleich zu ermöglichen. Der Rechtsgüterschutz der Union lässt dieselbe Schlussfolgerung zu, zumal diese durch die Parallelen in den nationalen Deliktsrechten gestützt wird.

³¹¹ *Mayer-Maly/Marhold*, Österreichisches Arbeitsrecht, 81.

³¹² *Grunski*, Münchner Kommentar, vor § 249 BGB, Rn. 3, *Palandt/Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, vor § 249 Rn. 4; *Richardi*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? *JZ* 1986, 803.

³¹³ *Däubler*, Die Haftung des Arbeitnehmers- Grundlagen und Grenzen, *NJW* 1986, 867, 870; *Altemann*, Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung, 7; *Kothe*, Umbruch in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung, *Jura* 1985, 312.

³¹⁴ *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 298.

³¹⁵ *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. *DJT*, E 44.

³¹⁶ *Däubler*, Die Haftung des Arbeitnehmers- Grundlagen und Grenzen, *NJW* 1986, 867, 870.

Bereits dem Grunde nach ist anzuzweifeln, dass Schadenersatzpflichtigkeit ein geeignetes Mittel ist um Prävention auszuüben, d.h. Strafe und Schuld in Einklang zu bringen.³¹⁷ Die These von der präventiven Wirkung ist im Rahmen der fahrlässigen Schadensverursachung nicht haltbar, denn solche Schäden werden durch eine Kausalkette ausgelöst, in der vor allem objektive Faktoren wie die der Arbeitsorganisation dominieren.³¹⁸ In der Praxis fehlt es deshalb häufig an einem Zusammenhang zwischen Fehlverhalten und Schaden, der als Grundlage der Haftung vorausgesetzt werden sollte.³¹⁹ Die Arbeitgeberseite selbst offenbart durch die seltene Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen im Arbeitsverhältnis, dass sie dem Präventionsaspekt lediglich einen geringen Stellenwert einräumt.³²⁰ Der Präventionsgedanke ist daher nicht gegen die Haftungsbeschränkung einzuwenden.³²¹

3.2.2 Durchbrechung des Grundsatzes „Kein Unrecht ohne Schuld“

Nicht nur im deutschen Recht existiert seit Jahrhunderten der Begriff der Zurechnung. In allen europäischen Rechtsordnungen ist zwischenzeitlich eine deliktische Haftung an persönliches Verschulden gebunden.³²² In Deutschland hat sich das Prinzip der Zurechnung seit dem 18. Jahrhundert in dem Satz „Kein Unrecht ohne Schuld“ wiedergespiegelt.³²³ Die Haftungsverlagerung auf den Arbeitgeber führt jedoch dazu, dass dieses Kriterium der Zurechnung obsolet wird.

Im Grundsatz gilt das Prinzip, dass der Inhaber eines Rechtsgutes den daran entstehenden

³¹⁷ Bokelmann, Die Haftung des Arbeitnehmers- Schadensausgleich oder (notwendige) Erziehungsmaßnahme?, ZRP 1972, 287.

³¹⁸ Schadensfälle im Arbeitsleben werden vor allem durch Aufklärung, Überwachung und Aufbau von Arbeitssicherheitsorganisation vermieden. Die Prävention wird daher weniger über die persönliche Inanspruchnahme erreicht, sondern vielmehr durch eine Orientierung an der Betriebsgefahr und der Arbeitsorganisation. Kothe, Umbruch in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung, Jura 1985, 312; Kothe, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko, 224; Bokelmann, Die Haftung des Arbeitnehmers- Schadensausgleich oder (notwendige) Erziehungsmaßnahme?, ZRP 1972, 290.

³¹⁹ Kothe, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko, 317.

³²⁰ Otto/Schwarze, Die Haftung des Arbeitnehmers, 31.

³²¹ So im Ergebnis auch Bokelmann, Grobe Fahrlässigkeit, 77 f., die allerdings von einem Präventionszweck ausgeht, aber damit argumentiert, dass Schadenersatz selbst, als Folge der Haftung eine ungeeignete Rechtsfolge für präventive Zwecke sei. Wenn Prävention gesucht ist, ist ihrer Ansicht nach eine „Strafzumessung“ an den persönlichen Verhältnissen des Schädigers auszurichten, mithin an dessen Vermögen. Nicht geeignet ist in diesem Zusammenhang die rein verschuldensabhängige Haftung. Dieser Ansatz ist jedoch aus einer Analyse der deutschen Rechtsprechung entwickelt worden und daher hinsichtlich der Suche nach den zu berücksichtigenden Haftungsgrundlagen nicht zu verwerfen.

³²² Eörsi, International Encyclopedia of Comparative Law XI/1, 4-115; für alle mit dem oft zitierten Satz: „Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld“: Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 40.

³²³ Döring, Arbeitnehmerhaftung und Verschulden, 44 m.w.N.

Schaden zu tragen hat. Die regelmäßige und erste Schadenszuständigkeit liegt in der Natur der Sache begründet: wem das Gut zusteht, der trägt (zunächst) den Schaden. Soll der Schaden von einem anderen übernommen werden, so bedarf es hierfür eines besonderen Grundes, nämlich den der Zurechnung.

Als Zurechnung wird der rechtliche Grund bezeichnet, aufgrund dessen die Schadenshaftung auf einen anderen übertragen wird. Schadenshaftung ist in diesem Fall Verhaltenshaftung.³²⁴ Nur der Schaden wird abgenommen, der mit dem willensabhängigen Verhalten einer Person in Verbindung gebracht werden kann. Dies ist in Form einer subjektiven Zurechnung gegeben, wenn Tat und Tatfolgen dem Handelnden persönlich angelastet werden können, also ein Verschulden³²⁵ auf Seiten des Schädigers gegeben ist. Daneben wird auch die objektive Zurechenbarkeit verlangt, welche gegeben ist, wenn ein Geschehen oder ein Erfolg auf den Willen einer Person zurückgeführt werden kann.³²⁶

Das Verschuldensprinzip, dem zumindest das deutsche Haftungssystem unterliegt, sieht vor, dass für Vorsatz und Fahrlässigkeit stets, nicht aber für Zufall gehaftet wird. Daneben existiert die ergänzende Haftung für Gefährdungstatbestände.³²⁷ Auch die Gefährdungshaftung begründet die Zurechnung zu einem Verantwortungsbereich. Doch setzt diese kein Verschulden, d.h. keine „Schuld“ voraus. Für eine zu eigenem Nutzen geschaffene, unterhaltene oder kontrollierte Gefahrenquelle hat der Schädiger jedoch insoweit einzustehen, als sich die Gefahr in einem Schaden realisiert.³²⁸

Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz des Verschuldensprinzips sieht das Gesetz im Rahmen der Billigkeitshaftung vor.³²⁹ Soweit dem Täter die subjektive Zurechenbarkeit fehlt, ist er für den durch sein Tun entstandenen Schaden nicht verantwortlich. Ersatzpflichtig wird er dennoch, soweit es die Billigkeit nach den Umständen erfordert und Ersatz nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann.³³⁰ Die Billigkeitshaftung erfordert somit nicht einmal die objektive Zurechenbarkeit.

Haftung ist somit nicht in jedem Fall an persönliche Schuld, also die Vorwerfbarkeit gebunden. Dennoch wird bei Vorliegen von Verschulden regelmäßig die Haftung ausgesprochen. Diese Verschuldenshaftung tritt jedoch durch die Arbeitgeberhaftung

³²⁴ *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 3; *Mertens*, in: Münchner Kommentar, § 823, Rn. 19.

³²⁵ Das ist im deutschen Recht bei Vorsatz und Fahrlässigkeit, den beiden Formen des Verschuldens (§ 276 BGB) der Fall.

³²⁶ Objektiv zurechenbar ist eine Tat daher schon dann, wenn ein Geschehen oder ein Erfolg in irgendeiner Art und Weise auf den Willen einer Person zurückgeführt werden kann. Es genügt die allgemeine Verbindung zu dem Willen einer Person; hierzu: *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 4.

³²⁷ So im deutschen Recht § 833 Abs. 1 BGB. Im übrigen geregelt in Spezialgesetzen, z.B. §§ 7 StVG, 33 LuftVG, 1 ProdHaftG, 1 UmweltHG, 1 ff. HPfIG.

³²⁸ *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 7; *Hager*, in: Staudinger, Vorbem. §§ 823 ff., Rn. 23.

³²⁹ § 829 BGB.

³³⁰ § 829 BGB.

zurück. Die damit verbundene Haftungserweiterung kann zwar mit den oben genannten³³¹ Begründungen gerechtfertigt werden. Trotz dieser Erwägungen ist das Gewicht des Grundsatzes der verschuldensabhängigen Haftung jedoch nicht leichter geworden. Er ist im Rahmen der Ausgestaltung eines Regelungsvorschlages weiterhin zu beachten und aufgrund seiner fundamentalen Bedeutung im Deliktsrecht weitmöglichst in eine Lösung zur Haftungsverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit einzubeziehen.

3.2.3 Vernachlässigung der Genugtuungsfunktion

Die Frage inwiefern dem Deliktsrecht eine Genugtuungsfunktion zuerkannt werden kann ist streitig. Einigkeit besteht zumindest insofern, dass eine Straf- und Sanktionsfunktion im strengen Sinne nicht vom Deliktsrecht beabsichtigt ist.³³² Dennoch wird eingewandt, die emotionale Betroffenheit der Geschädigten über einen zugefügten Schaden müsse mit in die Haftungserwägungen einbezogen werden.³³³ Diese Notwendigkeit zeige sich umso mehr darin, dass bei der Entscheidung ob und wie viel Schmerzensgeld gewährt werde auch der Grad des Verschuldens berücksichtigt werde.³³⁴

Dem ist nicht zu folgen. Die Argumentation, die Genugtuungsfunktion spiegele sich auch in der Berücksichtigung des Verschuldensgrades im Rahmen der Schmerzensgeldzuteilung, verkennt, dass die Bindung des deliktischen Anspruchs an das Verschulden dem Grundsatz „kein Unrecht ohne Schuld“³³⁵ entspringt, nicht jedoch einer konstruierten Genugtuungsfunktion.

Die Genugtuungsfunktion im Rahmen des allgemeinen Deliktsrechts mit der Berufung auf den Sühnegedanken zu begründen³³⁶ ist nicht haltbar. Der Ansatz gipfelt in der Qualifizierung des Schmerzensgeldes als Privatstrafe. Es wird eingewandt, dass für das zuerkannte Schmerzensgeld das Verschulden und die Vermögensverhältnisse des Schädigers als Orientierung für die Höhe der zuerkannten Forderung genutzt werden. Dies seien Kriterien, die typischerweise auch bei der Zumessung von Geldstrafen im Strafrecht

³³¹ siehe Ergebnisse der Abwägung der Argumente für eine Haftungsverlagerung unter 3.1.13.

³³² *Altemann*, Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung, 5 f.; *Pfahl*, Haftung ohne Verschulden als sittliche Pflicht, 104.

³³³ *Lichtenberg*, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 89; *Lichtenberg* stellt hier ein Bedürfnis zur Schadensabnahme bei Schädigung Dritter aus dem Genugtuungsgedanken fest. Er fragt primär nach einer Haftungsbegründung für die Haftung des Arbeitnehmers. Seine Feststellung beläuft sich darin die Schadenskompensation aus der Genugtuung heraus dem Arbeitgeber oder anderen Instanzen wie Versicherungen anzulasten. Die Begründung hierfür bleibt vage.

³³⁴ *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 47.

³³⁵ S.o. 3.2.2.

³³⁶ *Lorenz*, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 97 f., mit einer Zusammenfassung der vertretenen Theorien.

herangezogen werden, so dass hier eine ähnliche Sühnefunktion eintrete.³³⁷ Dem ist nicht zu folgen, denn zum einen gilt dies allein für die Zuerteilung von Schmerzensgeld und ist nicht auf das gesamte Deliktsrecht zu übertragen. Zum anderen können Pönalisierungstendenzen nicht allein aus der Art der Berechnung des Schmerzensgeldes abgeleitet werden, sondern müssen ihren Grund in der Konzeption des Deliktsrechts finden.³³⁸

Die Einschränkung der Genugtuungsfunktion kann somit nicht als maßgebliches Kriterium bei der Ausgestaltung der Arbeitnehmerhaftung herangezogen werden.³³⁹ Die Genugtuung bleibt dem Strafrecht vorbehalten.³⁴⁰

3.2.4 Vernachlässigung der Schadensausgleichsfunktion

Die Schadensausgleichsfunktion ist Grundlage jeder Zivilrechtsordnung. Das Grundprinzip, dass derjenige, der einen Schaden verursacht diesen auch zu ersetzen hat, ist allen Zivilrechtsordnungen gemein.³⁴¹ Der Schädiger soll dem Geschädigten einen Ausgleich für die erlittenen Nachteile gewähren. Der Zweck ist nicht zu strafen, sondern eine Reparation zu schaffen.³⁴² Dem Schädiger werden die finanziellen Folgen seines Tuns oder Unterlassens auferlegt.³⁴³

Dieser Grundsatz wird durch das Institut der Vicarhaftung unterlaufen. Eine willkürliche Verlagerung der Schadensausgleichsfunktion auf einen anderen als den Schädiger berührt nicht nur das Prinzip des Schadensausgleichs an sich, sondern auch das Ersatzinteresse des Geschädigten. Auch der Geschädigte kann sich bei einer Haftungsverlagerung nicht mehr darauf verlassen, dass der Schädiger sein Anspruchsgegner ist. Bedenklich wird die Konstruktion vor allem dann, wenn der Arbeitgeber selbst insolvent ist und ein Anspruch gegen den Arbeitnehmer völlig abgesprochen werden würde.³⁴⁴ Allerdings ist diese Argumentation nur bedingt als Begründung gegen eine Haftungsverlagerung zu akzeptieren, da die Auferlegung der Haftung nicht die angesprochenen Risiken mit sich bringen muss. Die Ausgestaltung einer Haftungsverlagerung erlaubt durchaus eine

³³⁷ Lorenz, Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld", 97 f.

³³⁸ Die Berufung auf die Genugtuungsfunktion beschreibt auch *Richardi* als systemfremd: *Richardi*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? JZ 1986, 804.

³³⁹ So im Ergebnis auch *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 31, mit der pauschalen Begründung der Genugtuungsgedanke spiele lediglich eine untergeordnete Rolle im allgemeinen Haftungsrecht.

³⁴⁰ *Markesinis/Deakin*, Tort Law, 36, *Magnus*, European Perspectives of Tort Liability, European Review of Private Law, 1995, 430; *Richardi*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? JZ 1986, 804.

³⁴¹ *Eörsi*, International Encyclopedia of Comparative Law XI/1, 4-115.

³⁴² *Altemann*, Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung, 5 f.

³⁴³ *Bullinger*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung, FS für v. Caemmerer, 301.

³⁴⁴ *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 301

Auffanghaftung des Arbeitnehmers zu konstruieren.

Die Schadensausgleichsfunktion selbst kann ebenfalls nicht gegen die Konstruktion einer Haftungsverlagerung angeführt werden.³⁴⁵ Zwar kann eine Haftungsverlagerung nicht ohne guten Grund auf den Arbeitgeber erfolgen, es besteht jedoch die Notwendigkeit differenzierter Risikoverteilung. Die Schadensausgleichsfunktion wiegt nicht so schwer, dass der Grundsatz „bei Verschulden volle Haftung“ aufgestellt werden könnte.³⁴⁶ Vielmehr ist die Schadensausgleichsfunktion auch dann gewahrt, wenn eine Teilhaftung eintritt oder durch andere Mittel der Ausgestaltung eine verhältnismäßige Risiko- und Haftungsverteilung möglich gemacht wird. Die Schadensausgleichsfunktion kann daher nicht gegen eine Haftungsverlagerung eingewandt werden.

3.2.5 Benachteiligung der selbständig Tätigen

Es wird eingewandt eine Haftungsverlagerung führe dazu, dass Selbständige gegenüber den abhängig Beschäftigten benachteiligt würden, da eine Haftungsverlagerung bei ihnen nicht in Betracht komme.³⁴⁷ Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Zum einen stehen selbständig Tätigen andere Mittel zur Haftungsbegrenzung zur Verfügung; man denke nur an die Ausgestaltung einer Tätigkeit unter der Rechtsform der GmbH oder vertragliche Haftungsbeschränkungen.³⁴⁸ Zum anderen kann gerade auf die oben³⁴⁹ angeführten Unterschiede zwischen Selbständigen und Arbeitnehmern verwiesen werden. Die Schaffung und Beeinflussung des Risikos ist allein dem Arbeitgeber vorbehalten, die Eingliederung in den solchermaßen organisierten Betrieb trifft allein den Arbeitnehmer, nicht jedoch den Selbständigen. Das Argument der Benachteiligung kann daher nicht gegen eine Haftungsverlagerung angeführt werden.

3.2.6 Zwischenergebnis

Die meisten Argumente die dem Grunde nach gegen eine Haftungsverlagerung von dem Arbeitnehmer auf den Arbeitgeber eingewandt werden greifen nicht durch. Die Negation der Haftungsverlagerung kann weder auf den Gedanken der Prävention³⁵⁰ oder den der

³⁴⁵ so im Ergebnis auch *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 30, jedoch ohne Begründung.

³⁴⁶ *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? E 42.

³⁴⁷ *Eich*, Der Wandel der BAG-Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit, NZA 1984, 68.

³⁴⁸ Hierzu ausführlich, *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 48 f.; *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 32; *Richardi*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? JZ 1986, 801.

³⁴⁹ Siehe 3.1.3.1.

³⁵⁰ Siehe 3.2.1.

Genugtuung³⁵¹ gestützt werden, noch können die Schadensausgleichsfunktion³⁵² und die Benachteiligung der Selbständigen³⁵³ überzeugen.³⁵⁴

Allein dem Verschuldensgrundsatz³⁵⁵ muss zugestanden werden, dass er Berücksichtigung finden sollte, da er zu den grundlegenden Stützen der europäischen Deliktssysteme gehört.

3.3 Ergebnis

Viele Argumente sprechen zugunsten einer Risiko- und Haftungsverlagerung auf den Arbeitgeber. Das Prinzip „kein Unrecht ohne Schuld“ spricht zwar gegen eine Haftung des Arbeitgebers. Die Fürsorgepflicht und das Betriebsrisiko sprechen hingegen eine deutliche Sprache zugunsten einer Haftungsverlagerung. Sie können daher Zurechnungsgründe zugunsten einer Arbeitgeberhaftung begründen, die eine Verlagerung der Verantwortung über den Verschuldensgrundsatz hinaus rechtfertigen. Im Ergebnis überwiegt das soziale Interesse am Schutz des Arbeitnehmers aus den angeführten Gründen. Gestützt wird dieses Ergebnis auch durch die Praxis einer Vielzahl europäischer Rechtsordnungen, die bereits eine Vicarhaftung des Arbeitgebers voraussetzen.

Trotz entgegenstehender Interessen des Arbeitgebers erscheint es daher grundsätzlich sinnvoll die Haftung des Arbeitgebers verschuldensunabhängig zu regeln und ihn auf die eine oder andere Weise für deliktisch verursachte Schäden seiner Arbeitnehmer einstehen zu lassen. Allerdings ist der gebotenen Risikoverteilung nur dann Genüge getan, sofern sich auch in der konkreten Regelung ein Gleichgewicht zwischen den Rechten der einzelnen Betroffenen, also Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Dritter einstellt. Dies ist eine Frage der konkreten Ausgestaltung der Außenhaftungsregelung.

³⁵¹ Siehe 3.2.3.

³⁵² Siehe 3.2.4.

³⁵³ Siehe 3.2.5

³⁵⁴ gegen diese Funktionen als Elemente des allgemeinen Deliktsrechts auch *Magnus*, *European Perspectives of Tort Liability*, *European Review of Private Law*, 1995, 429.

³⁵⁵ Siehe 3.2.2.

4 Ausgestaltungsmöglichkeiten der Regelung über die Außenhaftung des Arbeitnehmers

Das Deliktsrecht verfolgt die Durchsetzung zweier Grundsätze. Zunächst begründet es die Haftungsanspruchnahme desjenigen, der durch eigenes Handeln oder Unterlassen einem anderen einen Schaden zufügt. Ferner zieht es denjenigen zur Verantwortung der sich dabei schuldhaft verhalten hat.³⁵⁶ Die Vicarhaftung in ihren verschiedenen Ausprägungen stellt eine Ausnahme zu diesen Grundsätzen dar. Sie gründet sich auf den Erwägungen, dass der Arbeitgeber auch ohne eigenes Verschulden aufgrund des von ihm zu tragenden Betriebsrisikos und der Fürsorgepflicht selbst zumindest anteilig haften muss.³⁵⁷ Im europäischen Rechtsraum existieren vielfältige Ausgestaltungen der Vikarhaftung die unterschiedliche Haftungsbelastungen des Arbeitnehmers nach sich ziehen. Die im vorherigen Kapitel gefundenen Beweggründe für eine Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung legen nahe, hier eine Angleichung anzuregen. Denn wenn die Limitierung der Arbeitnehmerhaftung als richtig und wünschenswert angesehen wird, ist zu hinterfragen auf welche Art und Weise diesem Ergebnis Rechnung getragen werden muss und ob sich eine bestimmte Modellregelung aufdrängt.³⁵⁸ Hinsichtlich der Ausgestaltung einer Standardregelung sind zwei Fragen zu beantworten.

In erster Linie ist der Umfang der Arbeitnehmerhaftung zu untersuchen. Hierbei sind die Ergebnisse des Kapitel 3 über die Hintergründe der Vicarhaftung mit einzubeziehen. Auf dieser Grundlage ist zu bestimmen, in welchem Umfang Arbeitgeber und Arbeitnehmer für einen Schaden generell aufkommen sollten. Das Kriterium des Verschuldens wird als Wertungskriterium für den Haftungsumfang herangezogen. Es ist zentrales Element der Schadenshaftung im europäischen Rechtskreis³⁵⁹ und als solches in den Kern der Haftungsausgestaltung aufzunehmen. Grundlage ist gleichwohl die Entwicklung eines einheitlichen europäischen Verschuldensbegriffs.³⁶⁰

An zweiter Stelle ist die Ausgestaltung der Haftung zu ermitteln. Insbesondere sind die Auswirkungen verschiedener Haftungsmodelle zu analysieren, die die Vor- und Nachteile einer Haftungsumfangsregelung beeinflussen können. Eine deutliche Trennung beider Erwägungskomplexe ist hierbei nicht möglich, denn eine unerträgliche Haftungsbegrenzung kann durch eine angepasste Ausgestaltung, die die Folgen einer zu weiten Haftung mindert, aufgewogen werden. So kann beispielsweise eine im Prinzip

³⁵⁶ *Attiyah*, Vicarious liability in the law of torts, 12.

³⁵⁷ Siehe Kap. 3, Ergebnis 3.3.

³⁵⁸ Erst im zweiten Schritt ist hiernach die Frage zu beantworten, ob eine solche Modellregelung auch im europäischen Kontext einer Vereinheitlichung zugrunde gelegt werden sollte, oder ob das Nebeneinander unterschiedlicher Regelungen als unproblematisch anzusehen ist. Zur Vereinheitlichungsfrage siehe Kap. 5.1

³⁵⁹ *Oberkofler*, Europäisches Deliktsrecht – Gedanken der Realisierbarkeit, ÖJZ 53 (1998), 503; für ausgewählte Rechtsordnungen: *Immenhauser*, Der Schweizer Entwurf eines Allgemeinen Schadenersatzrechts, JbJgZ 1997, 58.

³⁶⁰ siehe 4.3.1.

untragbare alleinige Haftung des Arbeitnehmers durch die Konstruktion einer Haftungshöchstgrenze oder eines Haftungsausschlusses in bestimmten Situationen abgemildert werden. Die unterschiedlichen Varianten sind dementsprechend gegeneinander abzuwägen.³⁶¹

³⁶¹ Im Rahmen der Rechtsvereinheitlichungstendenzen wurden bereits Regelungsvorschläge unterbreitet und Regulationssystematiken entwickelt. Beispielhaft soll vorliegend nur das von v. Bar (in: *Hartkamp* u.a. (Hrsg.), *Towards a European Civil Code, Vicarious liability*, 447) entwickelte Konzept vorgestellt werden, um das hier getätigte Vorgehen zu erläutern, zu begründen und rechtzufertigen. V. Bar legt in seinem Regelungsvorschlag die diversen Regelungselemente fest, die er als notwendig erachtet. Diese extrahiert er aus einer Analyse der europäischen Rechtsordnungen.

So geht er davon aus, dass

- 1) eine Haftung des Arbeitgebers unabhängig von eigenem Verschulden erfolgen soll. Also keine Haftung aufgrund Auswahl- oder Überwachungsverschuldens, solche Formen der Haftung sollten allenfalls hinsichtlich „non-trade“ oder „business agreements“ in Frage kommen .
- 2) Voraussetzung für eine solche Haftung sollte sein, dass der Arbeitnehmer weisungsgebunden handelt.
- 3) Der Arbeitgeber sollte nur dann haften, wenn der Arbeitnehmer auch sorgfaltspflichtig gehandelt hat. Seine Schuldfähigkeit sollte hingegen keine Rolle spielen.
- 4) Die Haftung des Arbeitgebers soll ausgeschlossen sein, wenn der Arbeitnehmer selbst haftet, Haftung sollte also allein objektiv begründet sein. Insbesondere das Halterisiko des Arbeitnehmers sollte nicht auf den Arbeitgeber übertragen werden.
- 5) Die innere Verknüpfung zwischen dem Handeln des Arbeitnehmers und der ihm aufgetragenen Arbeit sollte weiterhin Voraussetzung der Haftung sein.
- 6) Die Haftung für Subunternehmer sollte auf eng definierte Ausnahmen limitiert werden.
- 7) Zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern sollten Rückgriffsrechte auf Fälle der vorsätzlichen Schadenszufügung begrenzt werden.

Der Lösungsvorschlag v. Bars stellt Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Haftung dar. Er nennt hierbei als Voraussetzungen das Bestehen einer Arbeitgeber/ Arbeitnehmer-Beziehung (limitiert für Subunternehmer), die Weisungsgebundenheit, das Handeln des Arbeitnehmers im Rahmen seiner Tätigkeit, die Sorgfaltspflichtwidrigkeit bzw. ein Delikt des Arbeitnehmers und den Haftungsausschluss für den Fall, dass der Arbeitgeber an Stelle des Arbeitnehmers nicht haftbar gewesen wäre.

Zur Rechtsfolge wird festgestellt, dass der Arbeitgeber unabhängig von seinem eigenen Verschulden in vollem Umfang haftet. Ein Rückgriff erfolgt nur in Fällen von vorsätzlicher Schädigung durch den Arbeitnehmer.

V. Bar erkennt zwar, dass verschiedenste Arten der Rückgriffsvermeidung in Betracht kommen, z.B. Versicherungen oder Arbeitsvertragsklauseln und dass diese dem Ziel dienen den Arbeitnehmer vor Insolvenz bei leichter und mittlerer Fahrlässigkeit zu schützen, es mangelt jedoch an konkreten Vorschlägen. Die Art und Weise der Ausgestaltung der Haftung ist somit nicht Gegenstand seiner Untersuchung, ebenso wenig wie keine Begründung für die Festlegung des Haftungsumfanges des Arbeitnehmers auf Vorsatz erfolgt.

Das vorliegende Kapitel beschäftigt sich nicht mit den Haftungsvoraussetzungen. Betrachtet und begründet wird allein der Haftungsumfang in seiner konkreten Ausgestaltung unter der Voraussetzung, dass der Tatbestand der Vicarhaftung grundsätzlich erfüllt ist. Es erfolgt vielmehr eine umfangreiche Abwägung der verschiedensten Wertungselemente die bei den unterschiedlichen Lösungsansätzen zu erkennen sind.

Festgehalten werden kann vorab, dass überzeugende Argumente für eine Risikoverteilung bestehen. Es ist vorauszusetzen, dass die Haftung nicht einseitig ohne jedwede Sicherung der einen oder anderen Partei des Arbeitsverhältnisses überlassen werden kann, denn die gegenseitige Abhängigkeit und die Verquickung der Parteien erfordert eine Teilung des Risikos. Ferner wird zu berücksichtigen sein, dass die Haftung gegenüber dem Dritten, also die formale Außenhaftung des Arbeitnehmers, nicht eingeschränkt werden sollte, denn der Dritte ist aufgrund der Grundsätze des Zivilrechts schutzbedürftig und kann nicht wegen des zufälligen Bestehens eines Arbeitsverhältnisses auf Seiten seines Schädigers schlechter gestellt werden.³⁶² Der Schutz des Geschädigten vor dem Insolvenzrisiko des Arbeitgebers wiegt so schwer, dass auch gute Argumente für eine Beschränkung der Außenhaftung nicht durchgreifen. Es ist es zwar richtig, dass die innerbetrieblichen Gründe für eine Enthftung auch für eine Enthftung im Außenverhältnis, bei gleichzeitiger Haftpflicht des Arbeitgebers, streiten und auch die Präventionswirkung über Rückgriffsrechte des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer gewahrt wäre. Der Schutz des Opfer lässt eine, wie auch immer geartete, Risikovermehrung auf Seiten des Geschädigten aber nicht zu, die Außenhaftung bleibt daher unberührt.³⁶³ Im Falle einer Mithaftung des Arbeitgebers ist die Außenhaftung auf die Inanspruchnahme des Arbeitgebers zu erweitern. Die Auseinandersetzung der Parteien des Arbeitsverhältnisses sollte dann im Innenverhältnis über Regressrechte oder Freistellungsansprüche erfolgen.

Die Entwicklung eines Regelungsvorschlages im europäischen Rahmen ist, sofern eine Bezugnahme auf das Verschulden erfolgt, von einer einheitlichen Terminologie abhängig.³⁶⁴ Vorbereitend ist hierfür daher die Definition eines europäischen Verschuldensbegriffes und einer europäischen Verschuldenssystematik geboten. Die als sog. „Tilburg Gruppe“ bekannte Kommission hat bereits mit Vorarbeiten für dieses Unternehmen begonnen.³⁶⁵ Ein einheitlicher Verschuldensmaßstab wurde zwar noch nicht entwickelt, diverse Zwischenergebnisse stehen jedoch bereits fest. Im europäischen Kontext bietet sich die Bestimmung des Verschuldens anhand von drei Kriterien an. Die Verletzung eines Schutzgesetzes und einer objektiven Sorgfaltspflicht sowie ein persönliches Verschulden sollen demnach ein deliktisch relevantes Fehlverhalten kennzeichnen.³⁶⁶ Was genau unter diesen einzelnen Voraussetzungen zu verstehen sein soll

³⁶² So auch grundsätzlich v. Bar, gemeineuropäisches Deliktsrecht, Rz. 338.

³⁶³ Otto/Schwarze, Die Haftung des Arbeitnehmers, 292 ff, ausführlicher 4.3.3.1.

³⁶⁴ Zu der Problematik einer einheitlichen Definition eines Verschuldenssystems anhand praktischer Beispiele im bestehenden europäischen Sekundärrecht: v. Bar, Neues Haftungsrecht durch Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: FS für Lange, 383 ff.

³⁶⁵ Zum neuesten Stand der Untersuchungen: <http://civil.udg.es/tort/>; allgemein: Spier/Haazen, The European Group on Tort Law („Tilburg Group“) and the European Principles of Tort Law, ZeuP 1999, 469 ff.

³⁶⁶ Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Wrongfulness, 130 ff, genauer siehe Kap. 4.3.1. Allgemein: Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, 57 ff, 62 ff. Teilweise wird diese Tatbestandsvoraussetzung auch unter dem Stichwort „Rechtswidrigkeit“ diskutiert. Zu den Schwierigkeiten bei der Entwicklung eines einheitlichen Begriffs und Inhaltes: Koziol, Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadenersatzrecht, ZeuP 1996, 587, 594 ff.

ist ebenfalls noch nicht abschließend geklärt. Unabhängig von dem nationalen Verständnis kann nichtsdestotrotz mit Hilfe einer solchen Neudefinition des Verschuldens eine einheitliche Rechtsgestaltung erfolgen. Nur auf einheitlicher Begrifflichkeit kann letztendlich eine einheitliche Rechtslage und Rechtsprechung hinsichtlich der Haftungsbelastung des Arbeitnehmers aufbauen. Ein europäischer Verschuldensbegriff profitiert darüber hinaus auch von den Erfahrungen, die in den unterschiedlichen Rechtsordnungen gemacht wurden. Bis die Wissenschaft Einigkeit über die Ausgestaltung des Verschuldensbegriffs erlangt hat, wird nachfolgend die Darstellung eines europäischen Regelungsansatzes auf Grundlage des deutschen, durch Rechtsprechung, Rechtswissenschaft und Gesetzgebung gereiften, Verschuldensbegriffs vorgenommen. Dieses Vorgehen gewährleistet im Rahmen der nachfolgenden Rechtsentwicklung, die Darstellung eines definierten und analysierbaren Modells, welches es ermöglicht, Inhalte unabhängig von unterschiedlichen Verschuldensbegriffen zu transportieren.

Unter Berücksichtigung dieser grundsätzlichen Vorgaben stehen die nachfolgenden Lösungsvorschläge für die Regelung der Außenhaftung des Arbeitnehmers zur Debatte.

4.1 Uneingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers

Die Außenhaftung des Arbeitnehmers könnte zunächst über eine volle, d.h. uneingeschränkte Haftung desselben geregelt werden. Dies hätte zur Folge, dass der Arbeitnehmer materiell-rechtlich grundsätzlich haftet, eine primäre Haftung des Arbeitgebers hingegen nicht gegeben ist. Lediglich sekundär könnte der Arbeitgeber durch Regress des Arbeitnehmers in Anspruch genommen werden. Wie zuvor³⁶⁷ festgestellt ist zu berücksichtigen, dass verschiedene Gründe gegen eine uneingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers sprechen. Sowohl die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers³⁶⁸ als auch die Schaffung und Beeinflussung des Risikos³⁶⁹ weisen auf die notwendige Entlastung des Arbeitnehmers und die gleichzeitige Belastung des Arbeitgebers hin. Die vollumfängliche Haftungsbelastung des Arbeitnehmers ist unter diesen Aspekten nicht empfehlenswert. Die folgenden Vorschläge für eine Haftungsverteilung durch die Befreiung des Arbeitnehmers von der Haftung für leichteste und andere Stufen der Fahrlässigkeit sowie die Haftungsbefreiung bei drohender Notlage werden dessen ungeachtet auf ihre Eignung zur Kompensierung dieses Nachteils geprüft.

Die volle Haftung des Arbeitnehmers bietet trotz der entgegenstehenden Argumente verschiedenste Vorteile im Vergleich zu anderen Lösungsansätzen. Zum einen wird die vom Deliktsrecht verfolgte Durchsetzung der oben angesprochenen Grundprinzipien³⁷⁰ erleichtert. Ferner gewährleistet eine grundsätzliche Haftung des Arbeitnehmers für Schädigungen Dritter auch Rechtssicherheit, denn Fragen der Quotelung bleiben außer

³⁶⁷ Siehe 3.3.

³⁶⁸ Siehe 3.1.2.

³⁶⁹ Siehe 3.1.3.1.

³⁷⁰ Die Haftung desjenigen, der schuldhaft handelt und einem anderen einen Schaden zufügt.

Betracht und belasten so auch nicht die Gerichte. Der Geschädigte hingegen kann sich zunächst an den Schädiger halten, der ihm näher steht als ein Arbeitgeber, von dessen Existenz er im Zweifel nicht einmal weiß.

4.1.1 Möglichkeit der Befreiung von der Haftung bei leichtester Fahrlässigkeit und anderen Fahrlässigkeitsstufen

Die Überlegung den Arbeitnehmer von der Haftung bei leichtester Fahrlässigkeit zu befreien wird den Erwägungen hinsichtlich der Risikoverlagerung zunächst gerecht. Der Arbeitgeber könnte das Haftungsrisiko bei leichtester Fahrlässigkeit, sei es durch Freistellungs- oder Regressanspruch des Arbeitnehmers, in vollem Umfang übernehmen. Der geforderten Haftungsteilung wäre damit Genüge getan.

Die Sachdienlichkeit einer solchen Lösung steht jedoch in Frage. Wurde zuvor³⁷¹ festgestellt, dass das Betriebsrisiko und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers diesen verpflichtet einen Teil der Haftung für Schäden während oder anlässlich der Arbeit zu tragen, so gebietet dies auch, den Arbeitgeber dem Umfang nach nur so weit haften zu lassen, wie er aus seiner Fürsorge und der Betriebsorganisation heraus noch Einfluss nehmen kann. Betriebsrisiko und Fürsorgepflicht müssen daher dort enden, wo es der Arbeitnehmer mehr noch als der Arbeitgeber in der Hand hat das Geschehen zu gestalten. Das „in der Hand halten“ des Risikos ist bei leichtester Fahrlässigkeit auf Seiten des Arbeitnehmers zwar noch dem Arbeitgeber zuzurechnen.³⁷² Fraglich bleibt jedoch ob Gleiches auch für leichte Fahrlässigkeit und Teile mittlerer bzw. sog. normaler Fahrlässigkeit gelten muss. Es ist daher zunächst festzustellen welche Übernahme durch den Arbeitgeber die Sachdienlichkeit gewährleistet und im zweiten Schritt zu prüfen ob eine so festgestellte Haftungsaufteilung innerhalb der unbeschränkten Haftung des Arbeitnehmers zu verwirklichen ist.

Die Feststellung, der Arbeitgeber müsse das Haftungsrisiko bei leichtester Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers vollauf tragen, war leicht zu treffen. Ähnlich unproblematisch ist anzunehmen, dass bei Vorsatz und schwerer Fahrlässigkeit die Kontrolle des Arbeitgebers über die schädigenden Umstände soweit in den Hintergrund tritt, dass eine Haftung hierfür nicht mehr gerechtfertigt ist. Hier hat der Arbeitnehmer einen so großen Anteil an der Schadensverursachung, dass sich seine Haftung nicht mehr über die Betriebsrisiko- und Fürsorgepflichtargumentation begrenzen lässt, zumal mit steigender Verantwortlichkeit für einen Schaden auch der Grundsatz „kein Unrecht ohne Schuld“³⁷³ immer schwerer einzuschränken ist. Die Einhaltung eines Mindestsorgfaltsmaßstabes ist dem Arbeitnehmer durchaus zuzumuten, für diese Mindestanforderungen hat er daher auch haftungsseitig

³⁷¹ Siehe 3.3.

³⁷² so im Ergebnis auch *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 55 f., 62 ff.

³⁷³ Siehe 3.2.2.

einzustehen.³⁷⁴

Bei der mittleren Fahrlässigkeit ist indessen eine eindeutige Risikozuweisung nur schwer vorzunehmen. Es liegt der Schluss nahe, dass beide, sowohl Arbeitnehmer, als auch Arbeitgeber einen Teil des Risikos zu tragen haben, denn weder der eine noch der andere hat bei einer Kumulierung der Umstände, wie sie häufig bei normaler Fahrlässigkeit vorliegt, allein Einfluss auf das schädigende Ereignis. So spricht die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und die Übernahme des Betriebsrisikos durch denselben nicht dafür, dass ihn bei mittlerem Verschulden des Arbeitnehmers volle Einstandspflichten treffen, denn der Arbeitnehmer handelte in größerem und nicht zu vernachlässigendem Maße sorgfaltspflichtwidrig. Umgekehrt wiegt die Sorgfaltspflichtwidrigkeit jedoch nicht so schwer, dass das vom Arbeitgeber geschaffene Risiko auf die Schadensentstehung keinen Einfluss mehr hätte und die Fürsorgepflicht hinter dem Verschulden des Arbeitnehmers zurücktreten müsste. In dieser Situation bietet sich daher die Teilung des Risikos an.

Eine solche Aufteilung oder Quotelung ist unter dem hier diskutierten Lösungsansatz nicht möglich. Im Ergebnis führt die volle Zuweisung des Risikos zu einer Alles-oder-Nichts-Regelung, die der vorzunehmenden Interessenabwägung nicht gerecht wird und zu Unbilligkeiten führt. Weder der Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber sollte bei mittlerer Fahrlässigkeit uneingeschränkt mit der Haftung belastet werden. In diesem Punkt versagt daher dieser Regelungsansatz. Selbst wenn eine Regelung für den Bereich der normalen Fahrlässigkeit gefunden würde, die dem einem oder anderen Beteiligten das volle Risiko zuweist, ist der hier untersuchte Ansatz trotz alledem unpraktikabel. Denn dadurch, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich uneingeschränkt haftet droht die Akkumulation von Gerichtsverfahren, in denen über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verschuldensgrades entschieden werden muss, um ein Regressrecht des Arbeitnehmers dem Grunde nach festzustellen. Gerade bei unklarer Sachverhaltslage oder Einschätzung des Verschuldens des Arbeitnehmers wird derjenige den die Haftung trifft im Zweifel eine gerichtliche Überprüfung vorziehen. Die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Fahrlässigkeitsstufen ist von den Gegebenheiten des Einzelfalles abhängig. Sie ist kompliziert und erbringt selten omnipotente Ergebnisse.

Eine Befreiung des Arbeitnehmers von der Haftung auch für Teile der mittleren Fahrlässigkeit stört den Grundsatz der alleinigen Haftung des Arbeitnehmers überdies prinzipiell. Bei einer so weitgehenden Befreiung des Arbeitnehmers ist dessen alleinige Haftung praktisch inexistent. Wird die unbeschränkte Haftung dem Grunde nach favorisiert muss sich diese auch in der Ausgestaltung zumindest in Teilen wiederfinden. Dies wäre jedoch nicht der Fall, wenn die Ausgestaltung letzten Endes zu einem neuen Haftungskonzept führte.

³⁷⁴ so im Ergebnis auch *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 66.

4.1.2 Möglichkeit der Befreiung von der Haftung bei drohender Notlage

Um die Konsequenzen der unbeschränkten Außenhaftung des Arbeitnehmers zu begrenzen könnte für den Fall einer finanziellen Zwangslage ein Freistellungs- oder Regressrecht gegen den Arbeitgeber diskutiert werden. Drohte dem Arbeitnehmer durch die Inanspruchnahme nach einem Haftungsfall eine Existenzgefährdung oder andere Notlage, könnte dies durch die Inanspruchnahme des Arbeitgebers kompensiert werden. Auch hierdurch würde die grundsätzlich unerwünschte volle Haftung des Arbeitnehmers beschränkt werden. Vorteile bietet eine solche Lösung insofern, als dass die Voraussetzungen der Einstandspflicht des Arbeitgebers relativ einfach dargelegt werden können. Ob eine drohende Notlage vorliegt kann durch die Vorlage entsprechender Vermögensunterlagen des Arbeitnehmers nachgewiesen werden. Im übrigen wäre bereits kein Anlass gegeben über die Haftung des Arbeitnehmers zu streiten, denn er träte für jedes eigene Verschulden in vollem Umfange ein.

Eine von einer drohenden Notlage des Arbeitnehmers abhängige Einschränkung der Haftung entspringt dem Gedanken der sozialen Sicherung. Wie bereits festgestellt ist dieser jedoch nicht tauglich um als Begründung für eine Haftungsverlagerung herangezogen zu werden.³⁷⁵ Die soziale Absicherung des Arbeitnehmers sollte über das Sozialrecht oder Vollstreckungsrecht erfolgen, nicht über das Haftungsrecht. Aus den Gesichtspunkten des Betriebsrisikos und der Fürsorgepflicht heraus lässt sich eine solche Haftungsbeschränkung nicht rechtfertigen. Diese Argumente begründen den Haftungsübergang aus dem Gedanken, der Arbeitgeber ziehe Einfluss und Nutzen aus einer fremden Tätigkeit. Die drohende Notlage ist aber vom Vermögen des Arbeitnehmers abhängig sowie von der Höhe des eingetretenen Schadens. Sie liegt demgemäß allein im Einflussbereich des Arbeitnehmers. Es gibt keine Rechtfertigung dafür, den Arbeitgeber bei finanziell schwachen Arbeitnehmern eintreten zu lassen und bei finanziell starken nicht. Die Haftung des Arbeitgebers sollte sich aus der Kontrollierbarkeit der Arbeitssituation durch denselben ergeben und nicht auf Zufällen wie der Vermögenslage des Arbeitnehmers begründet werden.

Die Gründe für eine Haftungsbeschränkung, nämlich das Betriebsrisiko und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers rechtfertigen ferner eine grundsätzliche Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung. Eine Härteklausel versteckt eine Haftungsprivilegierung eher, als sie sie fördert.³⁷⁶

4.1.3 Einrichtung einer Haftungshöchstgrenze

Eine Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers könnte durch die Einrichtung einer Schadensbeteiligungsquote erfolgen. Der Arbeitnehmer würde in diesem Falle bis zu einer festzusetzenden Obergrenze, z.B. bis zu einem Monatsgehalt, uneingeschränkt

³⁷⁵ Siehe 3.1.7.

³⁷⁶ *Richardi*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? JZ 1986, 806.

haften.³⁷⁷ Das Konzept, die Haftung des Arbeitnehmers durch eine an die Bezüge angepasste Haftungshöchstgrenze zu beschränken, scheitert jedoch aus ähnlichen Gründen wie die Begrenzung anhand eines bestimmten Verschuldensgrades. Bei der Zugrundelegung einer allgemein unbeschränkten Haftung des Arbeitnehmers würde eine solche Haftungsbeschränkung zwar ebenso zu einer Risikoverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer führen. Den Gründen für eine Haftungsbeschränkung wird hierbei aber nicht Rechnung getragen. Unabhängig von der begangenen Sorgfaltspflichtverletzung haftet der Arbeitnehmer bei dieser Konstellation in jedem Fall für alle deliktischen Handlungen bis zu seiner Haftungshöchstgrenze. In der Haftungshöchstgrenze spiegelt sich wiederum nicht das von dem Arbeitgeber zu übernehmende Betriebsrisiko und die Fürsorgepflicht, denn die Haftung ist unabhängig von dem Einfluss den der Arbeitgeber auf den Schadenshergang ausüben kann.

4.2 Uneingeschränkte Haftung des Arbeitgebers

Das volle Eintreten des Arbeitgebers für Schäden, die von dem Arbeitnehmer verursacht wurden haben bereits mehrere Autoren in verschiedenen Auskleidungen favorisiert. Begründet wurde die Enthftung des Arbeitnehmers zum einen mit der Argumentation, auch der Dritte müsse der besonderen Situation des Arbeitsverhältnisses Rechnung tragen, indem ihm nur ein Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitgeber zugesprochen werde. Zum anderen wurde angeführt, es käme zu Verwerfungen im schadensrechtlichen Gefüge, wenn der Geschädigte sich nicht direkt und immer an den Arbeitgeber halten könne, denn letztendlich handele ja der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber. Diese zufällige Verlagerung des Risikos könne den nicht Geschädigten angelastet werden. Um eine Übervorteilung des Geschädigten zu vermeiden, müsse gleichzeitig die Haftung des Arbeitnehmers ausgeschlossen sein, denn sonst hätte der Geschädigte unbegründet zwei Anspruchsgegner statt einem.³⁷⁸

Dem ist nicht zu folgen. Die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses können mitnichten dem Geschädigten aufgebürdet werden. Grundlage für eine Andersbehandlung der Haftung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses sind wie oben³⁷⁹ ausgeführt die Aspekte des Betriebsrisikos und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Aus diesen Argumentationen heraus kann eine uneingeschränkte Haftung des Arbeitgebers nicht begründet werden. Sowohl Betriebsrisiko als auch Fürsorgepflicht sind zum einen nicht so überzeugend, dass

³⁷⁷ Dafür ohne nähere Ausführungen: *Richardi*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? JZ 1986, 805; *Bleistein*, Die Haftung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis, 17; dagegen eine gequotelte Haftung mit Höchstgrenze ablehnend: *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 58 für den Bereich der normalen Fahrlässigkeit. Die Ablehnung dieses Lösungsansatzes basiert bei *Otto* darauf, dass er im Hinblick auf das deutsche Steuerrecht und bei Berücksichtigung der verschiedenen Einkommensstufen zu sozialer Ungerechtigkeit führt.

³⁷⁸ Für andere: *Drewitz*, Der Grundsatz: Die Versicherung folgt der Haftung, 203 f.; die Diskussion nachgezeichnet von: *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 296, m.w.N. in Fn. 1.

³⁷⁹ Siehe 3.1.13.

sie allein eine Enthftung des Arbeitnehmers rechtfertigen würden. Zum anderen kann aus dem Betriebsrisiko und der Fürsorgepflicht gerade keine Pflicht des Dritten abgeleitet werden diese Besonderheiten gegen sich gelten zu lassen und auf die Inanspruchnahme des direkten Schädigers, nämlich des Arbeitnehmers, zu verzichten. Diese Kriterien betreffen lediglich das Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Sie lassen eine Verpflichtung des Dritten nicht zu.

Das Argumente der Geschädigte könne aufgrund eines Vertrauensverhältnisses zwischen dem Arbeitgeber und ihm selbst als Geschäftspartner oder Kunde lediglich eine Haftung des Arbeitgebers erwarten, ist nicht überzeugend. Zwar wird dem spezifischen Vertragsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber im Rahmen der Geschäftsbeziehung Rechnung getragen. Die Argumentation greift jedoch nicht im Rahmen einer grundsätzlichen Haftungsverlagerung auf den Arbeitgeber, denn nicht in allen Schadensfällen ist der Geschädigte auch Vertragspartner der Arbeitgebers. Im Gegenteil wird ein am Arbeitsverhältnis unbeteiligter Dritter häufig nicht einmal Kenntnis von der Arbeitnehmerstellung des Schädigers haben. Auch mit der zufälligen Verlagerung des Schadensrisikos kann insofern nicht argumentiert werden. Der Arbeitnehmer handelt zwar für den Arbeitgeber, der Geschädigte kann dessen ungeachtet nur in Fällen, in denen er von dem Arbeitsverhältnis weiß, davon ausgehen, dass letztendlich der Arbeitgeber hätte handeln sollen. In vielen Fallkonstellationen mangelt es jedoch genau an diesem Wissensaspekt, weshalb es auch nicht zu einer zufälligen Verlagerung der Haftung kommen darf, denn der Geschädigte geht zunächst davon aus, dass der Schädiger selbst ihm gegenüber haftet. Gerade in Fällen, in denen ein Wissen über das Arbeitsverhältnis nicht besteht und die Haftung des Arbeitnehmers aufgrund der Generalhaftung des Arbeitgebers ausgeschlossen ist, hätte der Geschädigte aufgrund seines Informationsdefizits hinsichtlich der Anspruchsdurchsetzung mehr Nachteile als Vorteile.³⁸⁰ Ein solcher Lösungsansatz ist daher auf die Gesamtzahl der Außenhaftungsfälle nicht übertragbar.

Für eine pauschale Haftung des Arbeitgebers wird vorgebracht sie habe den Vorteil, dass der Geschädigte selbst keine Umwege auf sich nehmen müsse, um direkt von der meist besseren Solvenz des Arbeitgebers zu profitieren. Die Direktbefriedigung beim Arbeitgeber sei in diesem Falle unproblematisch.³⁸¹ Es müsse weder nach Freistellungs- oder Regressrechten im Innenverhältnis gefragt werden, noch nach einer Gesamtschuldnerschaft. Nachteilhaft bleibt hingegen, dass im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers die Befriedigungschancen beim Arbeitnehmer

³⁸⁰ so auch im Ansatz *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 301, Die Außenhaftung, dürfe nicht eingeschränkt werden, denn der Dritte ist nach den Grundsätze des Zivilrechts schutzbedürftig, insofern als er gegen den direkten Schädiger haftungsrechtliche Maßnahmen ergreifen können muss, und kann nicht aufgrund zufälligen Bestehens eines Arbeitsverhältnisses auf Seiten seines Schädigers schlechter gestellt werden.

³⁸¹ *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 307, so bedarf es beispielsweise keiner Pfändung des Freistellungsanspruchs durch den Dritten, um direkt gegen den Arbeitgeber vorzugehen, wenn der Arbeitnehmer dies nicht von sich aus tut.

entfallen.³⁸² Ferner ist zu berücksichtigen, dass auch die Präventionswirkung der Verschuldenshaftung auf den Arbeitgeber hinfällig wird. Im Falle der grundsätzlichen Haftungsbelastung des Arbeitnehmers ist der Arbeitgeber gehalten im Rahmen seines Betriebes die größtmögliche Sorgfalt walten zu lassen um nicht aufgrund eigener Sorgfaltspflichtverletzungen in die Haftung genommen zu werden. Wird ihm hingegen die Gefährdungshaftung auferlegt, so ist die Präventionswirkung vertan, denn auch wenn der Arbeitgeber alle erdenkliche Sorgfalt walten lässt, haftet er dennoch für jede Art des Schadens.³⁸³

Die Argumente für eine generelle Haftung des Arbeitgebers sind daher nicht stark genug um die im Deliktsrecht vorherrschende Haftung aufgrund eigener Schuld vollständig zu verdrängen. Eine konsequente Anwendung des Ansatzes der Arbeitgeberhaftung bedeutet in der Folge sogar eine Haftung des Arbeitgebers für vorsätzliches Verhalten des Arbeitnehmers. Eine solch weitläufige Haftung kann weder mit dem Gedanken der Fürsorgepflicht noch des Betriebsrisikos gerechtfertigt werden. Ein vertretbarer Lösungsansatz erfordert daher eine Abmilderung der ungeteilten Haftung des Arbeitgebers. Die uneingeschränkte Haftung des Arbeitgebers ist bereits dem Grunde nach nicht vertretbar. Im vorliegenden Fall sind daher andere denkbare Lösungsansätze vorzuziehen.

Selbst wenn die Haftung des Arbeitgebers in der hier diskutierten Form nicht als Lösung *de lege ferenda* in Betracht kommt, so ist doch zumindest zu prüfen ob die Ausgestaltung der Haftung des Arbeitgebers im Rahmen einer Ausfallhaftung des Arbeitnehmers, der Einrichtung eines Auffangfonds bzw. eines Konkursausfallgeldes die Nachteile kompensieren und so zu einer geeigneten Haftungsaufteilung führen.

4.2.1 Ausfallhaftung des Arbeitnehmers

Um die Nachteile der strikten Haftung des Arbeitgebers zu kompensieren könnte ähnlich wie im schwedischen Recht³⁸⁴ eine Ausfallhaftung des Arbeitnehmers konstruiert werden. Der Arbeitnehmer hätte dann einzustehen, wenn der Dritte gegen den Arbeitgeber, beispielsweise wegen dessen Insolvenz, nicht vorgehen könnte. Dies garantiert dem Geschädigten zumindest die Wahrung seines Kompensationsinteresses.³⁸⁵

Allerdings kann sich eine solche Ausfallhaftung nicht in der Aufzählung bestimmter Tatbestände³⁸⁶ erschöpfen, da sonst eine Beschneidung der Interessen des Geschädigten

³⁸² Denck, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 308.

³⁸³ Faure, Economic Analysis, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, 371 [40].

³⁸⁴ Siehe 2.3.6.

³⁸⁵ Denck, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 303 f.

³⁸⁶ So auch Denck, der mit Hinblick auf das schwedische Recht darauf verweist, dass neben der Insolvenz des Arbeitgebers unter anderem auch nach der Beschaffenheit der Handlung, der besondere Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb oder dem Interesse des Geschädigten eine Ausfallhaftung des Arbeitnehmers in Betracht zu ziehen ist, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 304.

droht. Eine gebotene weite „Auffangklausel“ die eine generelle Haftung des Arbeitnehmers bei Ausfall des Arbeitgebers regelt, trägt aber das Manko der Ungenauigkeit. Die Kriterien nach welchen der Arbeitnehmer in die Haftung eintritt sind nicht vorhersehbar. In der Konsequenz führt dies zu Rechtsunsicherheit und einer unklaren Konturierung der Haftungsvoraussetzungen. Bereits aus diesem Grunde bietet sich eine Ausfallhaftung des Arbeitnehmers nicht an.

Um der Kritik an der grundsätzlichen Haftung des Arbeitgebers gerecht zu werden, müsste dem Arbeitgeber ein Regressrecht für den Fall der vorsätzlichen bzw. grob fahrlässigen Deliktsbegehung zugestanden werden. Eine entsprechende Regelung sieht auch das schwedische Recht vor. Dies führt im Ergebnis zu einer beschränkten Haftung des Arbeitgebers. Der Haftungsumfang ist begrenzt, die Haftung also zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses verteilt. Eine solche Entfernung von der Grundkonzeption lässt das Gerüst der uneingeschränkten Arbeitgeberhaftung nicht mehr erkennen. Sie setzt vielmehr ein Fanal für eine grundsätzlich andere Lösung, nämlich die der geteilten Haftung. Die Probleme des vorliegenden Konzeptes werden nicht gelöst sondern durch eine andere Grundstruktur ersetzt.

Die Ausfallhaftung des Arbeitnehmers ist demzufolge nicht geeignet über die grundlegenden Nachteile der uneingeschränkten Arbeitgeberhaftung hinwegzuhelfen.

4.2.2 Einrichtung eines Auffangfonds

In Betracht kommt ferner die Einrichtung eines, evtl. staatlich verwalteten, Auffangfonds. Dieser übernimmt ähnlich einer Versicherung sämtliche Zahlungen für den Arbeitgeber. Dessen Beiträge werden aber aufgrund der generellen Zuweisung des Haftungsrisikos an den Arbeitgeber allein von diesem gedeckt.

Vorteil dieser Regelung ist inter alia eine erhöhte Rechtssicherheit. Sofern die Haftungsvoraussetzungen vorliegen, ist der Anspruchsgegner klar definiert. Dem Risiko einer zu starken finanziellen Belastung des Arbeitgebers wird damit vorgebeugt. Das ausnahmslose Entstehen des Arbeitgebers für sämtliche Delikte des Arbeitnehmers, also auch die grob fahrlässig und vorsätzlich begangenen Schädigungen, verliert an Schärfe, wenn die finanzielle Belastung von einem Fonds übernommen wird. Die finanziellen Risiken der Haftung treffen den Arbeitgeber bei Bestehen eines Auffangfonds nicht mehr. Eine Existenzgefährdung des Arbeitgebers ist ausgeschlossen.

Lediglich die regelmäßigen Fondsbeiträge müssten erbracht werden. Es ist denkbar die Beitragszahlung so auszugestalten, dass sie sich dem konkreten Risiko, für welches der Arbeitgeber einstehen soll anpasst. Faktoren wie die Größe des Unternehmens, die Anzahl der Beschäftigten und die Gefährlichkeit der ausgeübten Tätigkeiten können in die Kalkulation des individuellen Beitragssatzes mit einfließen. Auf der anderen Seite trägt der Arbeitgeber jedoch den organisatorischen Aufwand und das Prozessrisiko, sofern im Einzelfall Anspruchsgrundlagen streitig gewesen sein sollten. Dieses Kostenrisiko und die Beitragssätze wird der Arbeitgeber konsequenterweise als Posten der eigenen

Kostenkalkulation an die Verbraucher weitergeben. Dies hätte zur Folge, dass die Allgemeinheit kollektiv für die Schadenstragung aufkommt.

Eine solche Kollektivhaftung ist insofern vorteilhaft, als Schäden von der Masse der Verbraucher wesentlich leichter zu kompensieren sind, als dies durch einen Einzelnen getan werden könnte.³⁸⁷ Die Betroffenheit ist ungleich leichter im Falle einer gemeinsamen Haftung. Andererseits ist die Frage zu beantworten, weshalb die Gemeinschaft der Verbraucher einer solchen Sozialverpflichtung unterliegen sollte. Denn allein eine Sozialverpflichtung kann rechtfertigen, dass der Verbraucher, zu dessen Schutz eine Haftungsregelung dient zur Schadensbegrenzung herangezogen wird. Der zu Schützende kommt quasi für die selbst erlittenen Schäden auf. Rechtspolitisch ist die daraus folgende völlige Enthftung des Arbeitnehmers für jede Art des Verschuldens im Zusammenspiel mit der synchron verlaufenden Aufbürdung der Haftungslast auf die Gemeinschaft schwer zu vermitteln. Allein das Argument der leichteren Bewältigung der Schadenstragung im Einzelfall kann nicht die Umgehung der grundlegenden Haftungsprinzipien, wie das Entstehen für eigenes Verschulden, rechtfertigen. Vor allem vorsätzliche und grob fahrlässige Verstöße können weder dem Arbeitgeber noch der Allgemeinheit aufgebürdet werden. Den Arbeitnehmer auch von dieser Haftung freizustellen ist nicht vertretbar. Dem Arbeitgeber generell die Haftungslast aufzubürden führt im Ergebnis selbst mit der Einrichtung eines Auffangfonds zu einer Unbilligkeit des Systems.³⁸⁸

4.3 Anteilige Haftung nach Verschulden des Arbeitnehmers

Um der Kritik an den zuvor diskutierten Haftungsmodellen entgegenzutreten ist ein Mittelweg zu wählen. Denn die Haftung kann aus den oben angeführten Gründen in sinnvoller Weise weder vollständig dem Arbeitgeber noch dem Arbeitnehmer auferlegt werden.

Eine anteilige Haftung ist in verschiedenen Ausgestaltungen möglich. So kann erwogen werden, den Arbeitnehmer und Arbeitgeber je nach Verschuldensanteil des Arbeitnehmers gequotelt, zu einem gewissen Prozentsatz oder hinsichtlich eines zu bestimmenden festgelegten Geldbetrages, haften zu lassen. Andererseits kommt auch eine Haftungsfreistellung des Arbeitnehmers in Betracht, die sich ebenfalls an dem Verschulden orientieren könnte, z.B. eine vollständige Enthftung im Falle leichtesten und mittleren Verschuldens, wohingegen der Arbeitnehmer dann bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit vollständig zu haften hätte. Auch eine Kombination der genannten Konzepte ist möglich.

Eine Anknüpfung der Haftung an einen bestimmten Verschuldensgrad wird allerdings auch kritisch diskutiert. Abgesehen von der Fehlen eines einheitlichen europäischen Verschuldensbegriffs³⁸⁹ wird eingewandt, der Tatbestand selbst, nämlich das Vorliegen

³⁸⁷ So auch *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 310.

³⁸⁸ So auch im Ergebnis *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 105.

³⁸⁹ Hierzu 4.3.1.

von Verschulden sei frei definierbar.³⁹⁰ So wäre es notwendig zwischen den einzelnen Rechtsordnungen und sogar innerhalb derselben zunächst die Definition von leichter, mittlerer und grober Fahrlässigkeit vorzunehmen, um eine einheitliche Haftung zu ermöglichen. Diese Definitionen bergen zudem das Problem, dass eine Verschuldensform bzw. -stufe, wie „leichte Fahrlässigkeit“ oder „grobe Fahrlässigkeit“ sich immer von der geforderten Sorgfalt her bestimmt.³⁹¹ Die erforderliche Sorgfalt³⁹² muss daher zunächst im Einzelfall bestimmt werden, um in einem weiteren Schritt den einschlägigen Verschuldensgrad definieren zu können. Dabei sollte nicht das einzelne Versehen in der konkreten Situation zur Ermittlung der üblichen Sorgfalt zugrunde gelegt werden, sondern ein Durchschnittsmaßstab bezüglich aller Arbeitsverhältnisse als Dauerrechtsverhältnisse als Maßstab der Vorwerfbarkeit ermittelt werden.³⁹³ Dieser Problematik sieht sich nicht nur die deutsche Rechtsprechung bereits seit Jahrzehnten gegenübergestellt. Viele Anspruchsgrundlagen³⁹⁴ knüpfen hinsichtlich der Rechtsfolge in der einen oder anderen Art und Weise an ein Verschulden an. Dies hat jedoch weder in Deutschland noch in anderen Ländern der europäischen Union dazu geführt, dass eine solche Anknüpfung als zu unpraktikabel verworfen worden wäre.

Die Untersuchung des geeigneten Haftungsteilungskonzepts erfordert die Beantwortung zweier Fragen. Zunächst ist zu bestimmen in welchem Umfang eine Haftungsbegrenzung grundsätzlich sinnvoll ist und wie diese erreicht werden kann. Ist einmal der Umfang der Haftungsbegrenzung gefunden, wird im zweiten Schritt nach der konkreten Form der Ausgestaltung dieser Haftung gefragt wobei wiederum zu diskutieren ist, ob sich Nachteile eines bestimmten Lösungsansatzes durch eine flexible Ausgestaltung der Haftung kompensieren lassen.

4.3.1 Bestimmung eines europäischen Verschuldensbegriffs

Das Verschulden des Arbeitnehmers wird als Wertungskriterium für die Ausgestaltung des Haftungsumfanges herangezogen. Als Grundlage einer einheitlichen Regelung sollte daher zunächst ein einheitlicher europäischer Verschuldensbegriff entwickelt werden, denn unterschiedliche Verschuldensmaßstäbe in den nationalen Rechtsordnungen würden zu einer Verzerrung der Außenhaftung des Arbeitnehmers führen und eine Ungleichbehandlung hervorrufen.³⁹⁵ Vorliegend wird ein europäischer

³⁹⁰ *Lichtenberg*, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 41f., in der *Lichtenberg* anhand der deutschen Rechtsprechung darlegt, wie uneinheitlich bereits der Begriff der „grobe Fahrlässigkeit“ definiert wird.

³⁹¹ *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 119.

³⁹² Fraglich ist auch, ob die erforderliche Sorgfalt der Maßstab ist oder ob der Verschuldensgrad auch an der gebotenen oder äußersten Sorgfalt zu messen ist.

³⁹³ So *Steindorff*, Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer, JZ 1959, 4.

³⁹⁴ Z.B. §§ 823 ff BGB.

³⁹⁵ Eine ausführliche Untersuchung würde den Rahmen der vorliegenden Abhandlung überschreiten.

Verschuldensbegriff zugrunde gelegt, dessen Ausgestaltung noch nicht umfassend geklärt ist³⁹⁶, nachfolgende Eckdaten können jedoch für die Bestimmung des „Europäischen“ Verschuldens festgehalten werden.

Die Verschuldenshaftung hat zwei Funktionen. Positiv bewirkt sie das Eintreten des Schädigers für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Die negative Funktion ist die Haftung an das Verschulden zu knüpfen, nicht allein an den eingetretenen Erfolg.³⁹⁷ Das Verschulden wird in Fahrlässigkeit und Vorsatz (*dolus malus*) eingeteilt. Es werden mehrere Verschuldensgrade unterschieden. Allgemein wird in *culpa levissima*, *culpa levis* und *culpa lata* also leichte, einfache und grobe Fahrlässigkeit unterteilt.³⁹⁸ In den nationalen Rechten ist nicht vollständig geklärt was unter den verschiedenen Fahrlässigkeitsstufen zu verstehen ist, so ist beispielsweise im deutschen Recht eine abschließende Definition der leichten Fahrlässigkeit noch nicht gefunden.³⁹⁹

Allgemein wird unter Verschulden die Zurechnung einer Schadensfolge zum Willen und Verhalten des Schädigers verstanden.⁴⁰⁰ Der Verschuldensbegriff wird in den einzelnen Mitgliedsstaaten Europas unterschiedlich gehandhabt, so dass teilweise Erfolgs-, teilweise Handlungsunrecht der Haftung zugrundegelegt wird.⁴⁰¹ Im Rahmen der Erfolgsunrechtslehre richtet sich das ausschlaggebende Verschulden auf den zugefügten Schaden, mithin nach dem Erfolg der Handlung. Geahndet wird die Verletzung einer Regelung die ein schützenswertes Gut beschreibt. Im Rahmen der Verhaltensunrechtslehre wird der Rechtsgutschutz durch Regeln bewirkt, die bestimmte Verhaltensweisen des Schädigers verbieten.⁴⁰² Eine einheitliche Behandlung existiert nicht. Auch im Richtlinienrecht der Europäischen Union lässt sich ein einheitlicher Verschuldensmaßstab ebenso wenig feststellen wie eine Definition des Verschuldens.⁴⁰³

Entsprechende Forschung wird seit 1999 von der Tilburg-Gruppe betrieben. Erste Arbeitsergebnisse wurden von *Koziol* (Hrsg.), *Unification of tort law: wrongfulness* veröffentlicht. Die Entwicklung eines übergreifenden europäischen Verschuldensbegriffes und einer Haftungssystematik ist jedoch noch nicht abgeschlossen.

³⁹⁶ Zu den Schwierigkeiten bei der Entwicklung eines einheitlichen Begriffs und Inhaltes: *Koziol*, Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadenersatzrecht, *ZeUP* 1996, 587, 594 ff.

³⁹⁷ *Deutsch*, Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht, *Karlsruher Forum* 1992, 10.

³⁹⁸ *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, 70 ff, so auch im Rahmen der europäischen Richtlinien vorschläge, *Deutsch*, Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht, *Karlsruher Forum* 1992, 9.

³⁹⁹ *Deutsch*, Verschulden als Merkmal der Arbeitnehmer-Haftung, *RdA* 1996, 4.

⁴⁰⁰ *Deutsch*, Verschulden als Merkmal der Arbeitnehmer-Haftung, *RdA* 1996, 2, 4.

⁴⁰¹ *Koziol*, in: *Koziol* (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, 129; *Deutsch*, Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht, *Karlsruher Forum* 1992, 12; zu den verschiedenen Fahrlässigkeits-theorien genauer: *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, 75 ff.

⁴⁰² *Koziol*, in: *Koziol* (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, 132.

⁴⁰³ v. *Bar*, Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union, *ZfRV* 1994, 228.

Die Tilburg Gruppe stellte in einem Zwischenergebnis ihrer Studien einen Vorschlag für die Definition des europäischen Verschuldensbegriffs auf.⁴⁰⁴ Dieser wird den verschiedenen europäischen Ansätzen gerecht. Verschulden liegt demnach vor, wenn eine Regel, die ein Rechtsgut schützt, verletzt wurde (Anlehnung an Erfolgsunrechtslehre), die Verletzung durch eine Verstoß gegen den objektiven Sorgfaltsmaßstab erfolgte⁴⁰⁵ (hier Anlehnung an die Verhaltensunrechtslehre) und der Schädiger aufgrund eines subjektiven Verschuldens dafür verantwortlich war.

Die Kumulation dieser Voraussetzungen ist empfehlenswert. Im Deliktsrecht dominiert die Schadensausgleichsfunktion vor dem Gedanken der Abschreckung und Buße, aus diesem Grunde sollte sich das Verschulden einerseits auf den Schadenseintritt bzw. sogar auf einzelne Schadensfolgen beziehen. Denn sofern sich das Verschulden lediglich an der Pflichtverletzung orientiert ist eine Korrelation zwischen subjektiver Schuld und Schadenseintritt nicht unbedingt gegeben. Der Arbeitnehmer kann zwar vorsätzlich eine Weisung des Arbeitgebers missachten, den Schaden hingegen nicht wollen. Soll die Haftung daher nicht nur abschreckenden Charakter entwickeln, ist Voraussetzung des Einstehens, dass auch der Schaden schuldhaft verursacht wurde.⁴⁰⁶

Andererseits ist auch das Verschulden bezüglich der Pflichtverletzung vonnöten. Beide Elemente des Verschuldens sollten nebeneinander bestehen um eine Haftung auszulösen. Denn auch die Verhaltensregulierung ist soziale Zielsetzung des Deliktsrechts.⁴⁰⁷ Der Schutz des Geschädigten vor einem deliktischen Verhalten wird hierbei über die Festlegung einzuhaltender Sorgfaltsanforderungen bewirkt. Der Sorgfaltsmaßstab beeinflusst damit die Risikozuweisung, denn je höher die Sorgfaltsanforderungen sind, desto größer ist die Schutzfunktion.⁴⁰⁸ Die Tilburg Gruppe beruft hierbei sowohl den objektiven, als auch den subjektiven Sorgfaltsmaßstab. Denn auch diesbezüglich bestehen in Europa Unterschiede, so wird beispielsweise in Deutschland ein objektiver, in Österreich hingegen ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab angesetzt.⁴⁰⁹

Der objektive Sorgfaltsmaßstab verlangt nach einer Abwägung zwischen den Interessen des Geschützten und denen des Schädigers. Eine Reihe von Faktoren beeinflussen daher den Maßstab. Er ist flexible und wird im Einzelfall anhand der konkreten Situation bestimmt. In die Abwägung wird dabei unter anderem die Schadensneigung des

⁴⁰⁴ Koziol, in: Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Wrongfulness, 130 ff.

⁴⁰⁵ Für dieses Merkmal auch: Deutsch, Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht, Karlsruher Forum 1992, 11.

⁴⁰⁶ So: Richardi, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? JZ 1986, 805.

⁴⁰⁷ Zur Verhaltenssteuerungsfunktion des Rechts: Reh binder, Rechtssoziologie, Rz. 100; Drath, Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts, in: Recht und Staat 272/273, 1963, 23; Zweigert/Kötz, Introduction to Comparative Law, 46.

⁴⁰⁸ Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, 35.

⁴⁰⁹ Immenhauser, Der Schweizer Entwurf eines Allgemeinen Schadenersatzrechts, JbJgZ 1997, 58.

Verhaltens, die Vorhersehbarkeit des Schadens, die Nähe zwischen Schädiger und Geschädigten, die Kenntnis des Schädigers von dem Vertrauen des Geschädigten auf sein regelgerechtes Verhalten, die Versicherbarkeit des Schadens und die Angemessenheit der Kosten, die zur Schadensverhütung notwendig wäre miteinbezogen.⁴¹⁰ Gute Gründe sprechen daneben für eine Subjektivierung des Maßstabes. Denn im Einzelfall könnte ein Fehlen der subjektiven Schuld zu einer Unbilligkeit der Inanspruchnahme nach objektiven Kriterien führen.

Auch wenn eine Einigung auf diese Grundpfeiler des europäischen Verschuldensverständnisses zu erzielen ist, besteht im einzelnen weiterhin Bedarf an eingehender Diskussion.⁴¹¹ Dabei ist nicht nur eine genauere Definition der einzelnen Verschuldenselemente erforderlich. Auch nach der Feststellung einer Verschuldensvermutung sind weitere Fragen offen. So sollte die Verschuldenshaftung beispielsweise regelmäßig einen Haftungsausschluss bei Zustimmung des Geschädigten zu der gefährdenden Handlung beinhalten. Eine Vermutung der Sorgfaltswidrigkeit bei Verstoß gegen eine objektive Verhaltenspflicht sollte darüber hinaus lediglich dann eintreten, wenn keine andere Ursache für die Schadenszufügung in Betracht kommt.⁴¹² Im Rahmen der subjektiven Schuld ist weiterhin zu diskutieren ob sie bei Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen erforderlich ist und in welchem Maße solche Schädiger haften sollten.

Bis auch solche Fragen geklärt sind, kann von einem einheitlichen europäischen Verschuldensbegriff nicht gesprochen werden. Den folgenden Erwägungen wird daher das im deutschen Zivilrecht niedergelegte Verständnis von Fahrlässigkeit und Vorsatz zugrunde gelegt.⁴¹³ Im Rahmen einer europäischen Angleichung der Außenhaftung ist bei der Integration in ein europäisches Zivilgesetzbuch⁴¹⁴ eine Übertragung der Ergebnisse auf einen europäischen Verschuldensbegriff empfehlenswert.

4.3.2 Umfang der Haftungsbeschränkung

Eine geteilte Haftung bietet sich nicht zunächst aufgrund der Nachteile anderer Haftungskonzepte an. Allerdings muss sich auch eine solche gequotelte Haftung grundsätzliche Kritik gefallen lassen. Denn, so hat es z.B. die Erfahrung in Österreich gezeigt, die Gerichte werden bei einer Haftungsteilung häufiger in Anspruch genommen, als wenn Arbeitnehmer oder Arbeitgeber uneingeschränkt haften. Dies ist Ausdruck einer mit einer Haftungsquotelung verbundenen grundlegenden Rechtsunsicherheit. Der Haftungsumfang ist von dem Verhalten des Schädigers im Einzelfall abhängig und

⁴¹⁰ *Koziol*, in: *Koziol* (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, 134.

⁴¹¹ *Koziol*, in: *Koziol* (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, 135.

⁴¹² *Deutsch*, *Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht*, *Karlsruher Forum* 1992, 11.

⁴¹³ Dies geschieht um zu gewährleisten, dass der Leserkreis, welcher erwartungsgemäß vorwiegend aus dem deutschen Rechtsraum stammen wird, die Einordnung des Ausgeführten in die allgemeinen deutschen Rechtskonzepte vornehmen kann.

⁴¹⁴ Siehe 5.1.1.

unterliegt jeweils einer rechtlichen Würdigung, welche für den Laien in vielen Fällen nicht vorhersehbar ist.⁴¹⁵ Abgesehen von der drohenden Belastung der Gerichtssysteme ist ferner einzuwenden, dass eine gestaffelte Haftung stets zur Folge hat, dass sich der Einzelne kein konkretes Bild von den Folgen seines Verhaltens machen kann. Die durch sein Verhalten begründete Haftung setzt vielmehr die Justiz durch die Gerichte im jeweiligen Einzelfall fest. In Rechtsordnungen, die das System des „*precedent*“ nicht kennen, führt dies zu einer unübersehbaren Anzahl an Einzelrechtsprechung, die jedes Gericht gesondert für sich auslegt und mithin zu einer Verunsicherung der Betroffenen hinsichtlich der mit ihrem Verhalten verbundenen Konsequenzen.

Es ist denkbar diese Kritik zu entkräften, indem die Ausgestaltung der Haftung in einer Art und Weise vorgenommen wird, die das Interesse an Rechtsstreitigkeiten minimiert. Sei es dadurch, dass eine Versicherung grundsätzlich für die Haftung entsteht oder eine anderweitige Entlastung der Parteien des Arbeitsverhältnisses erfolgt, die Streitigkeiten um die Haftungsverpflichtung eindämmt.

Unabhängig davon sprechen dem Grunde nach mehrere Argumente für eine gequotelte Haftung. Die Regelung berücksichtigt die konkreten Umstände des Einzelfalles und kommt dadurch dem Gerechtigkeitsempfinden entgegen. Sie wird auch den Argumenten gerecht die in erster Linie zu einer Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers verpflichten, nämlich dem Betriebsrisiko und der Fürsorgepflicht. Im Rahmen einer Haftungsteilung ist es möglich dem Arbeitgeber entsprechend der von ihm geschaffenen Gefahren und Umstände die Haftung aufzuerlegen und ihn dort zu befreien, wo ein Schaden unberührt von seinem Einflussbereich verursacht wurde. Die Haftungsteilung eröffnet somit trotz einiger Bedenken einen Mittelweg zwischen den zuvor diskutierten Varianten der strikten Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerhaftung, der eine zu starke Belastung der einen oder anderen Partei des Arbeitsverhältnisses vermeidet. Ihre grundsätzliche Eignung zur Regelung des Komplexes der Außenhaftung des Arbeitnehmers hat sich nicht nur aufgrund der angeführten Argumente, sondern auch durch ihren Niederschlag in vielen europäischen Rechtsordnungen erwiesen.

4.3.2.1 gestufte Haftungsbeschränkung äquivalent nach Verschuldensgrad

In Betracht kommt im Rahmen einer zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geteilten Haftung zunächst eine gestufte Haftungsaufteilung. Je nach Verschuldensgrad trägt der Arbeitnehmer dabei einen größeren oder kleineren Anteil des Schadens. Dieser Haftungsanteil kann sich nun einerseits prozentual nach dem Verschuldensgrad berechnen oder an absolute Vorgaben, z.B. einer Haftungssumme in Höhe eines Gehaltes bei leichter Fahrlässigkeit, gebunden sein. Dem individuellen Verschuldensmaß wird so ein entsprechender Haftungsanteil zugewiesen.

⁴¹⁵ Mayer-Maly/Marhold, Österreichisches Arbeitsrecht- Individualarbeitsrecht, 83, 88; Tomandle, Arbeitsrecht, 2. Sachprobleme, 182.

4.3.2.1.1 Haftungsanteile prozentual bestimmen

Eine nach Verschuldensmaß prozentual zu bemessene Haftung hat den Vorteil, dass der Einfluss den der Arbeitnehmer über eine bestimmte Tätigkeit ausübt, sich direkt in der Haftung niederschlägt. Denn richtigerweise muss sich das Verschulden des Arbeitnehmers auf die von ihm ausgeübte Pflichtverletzung beziehen.⁴¹⁶ Sofern mit *Otto/Schwarze* angenommen wird, dass das Verschulden somit die innere und äußere Sorgfaltswidrigkeit des Arbeitnehmers widerspiegelt⁴¹⁷, ermöglicht die Anknüpfung der Haftung an dieses Kriterium eine dem konkreten Haftungsereignis angemessene Haftungsquote. Dieser Lösungsansatz schmeichelt dem Gerechtigkeitsempfinden des billig und gerecht Denkenden aufgrund seiner Individualisierbarkeit der Haftung.

Dem ist entgegen zu halten, dass es zum einen unbillig erscheint, den Arbeitnehmer auch bei leichtester Fahrlässigkeit haften zu lassen. Zum anderen ist anzuzweifeln, dass eine solch wohldifferenzierte Lösung auch die notwendige Rechtssicherheit in sich birgt, die ein Rechtssystem erfordert.

Die vollständige Enthftung des Arbeitnehmers für den Bereich der leichtesten und leichten Fahrlässigkeit erscheint notwendig. Selbst eine noch so beschränkte Haftung des Arbeitnehmers für diesen Bereich wird bei geringsten Verstößen gegen die Sorgfaltspflichten nicht guten Gewissens mit einer Einstandspflicht zu ahnden sein. Denn geringe Versehen und Fehler sind unvermeidlich und können gegen das von dem Arbeitgeber zu tragende Betriebsrisiko und die von ihm auszuübende Fürsorgepflicht nicht ins Gewicht fallen.⁴¹⁸ Eine Zuweisung des Haftungsrisikos an den Arbeitnehmer kann in dieser Konstellation aufgrund der verschwindend geringen Kontrolle des Arbeitnehmers über das Geschehen vor dem Hintergrund der Haftungsverpflichtung des Arbeitgebers nicht erfolgen. Aus diesem Grunde entstünden auch bei der Suche nach geeigneten Kriterien zur Schadensteilung, in denen sich die Risikoanteile wiederfinden sollten, erhebliche Schwierigkeiten, so dass im Ergebnis eine Teilung der Haftung willkürlich und ungerecht erscheinen würde.⁴¹⁹

Eine solch ausgefeilte Haftungsregelung untergräbt ferner die Rechtssicherheit.⁴²⁰ Zum einen erfordert eine individuelle Haftung nach Verschulden des Arbeitgebers immer eine Einzelfallentscheidung, die durch die Beteiligten selbst kaum zu treffen ist. Sowohl hinsichtlich der Feststellung des Verschuldensgrades als auch bezüglich der Umstände des

⁴¹⁶ *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 64.

⁴¹⁷ *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 97 f.

⁴¹⁸ So im Ergebnis auch *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 56; *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 118.

⁴¹⁹ So auch *Steindorff*, Bemerkungen zur Haftung des Arbeitnehmers für die von ihm verursachten Schäden, AuR, 1966, 65, 68.

⁴²⁰ *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 104.

Einzelfalles, anhand derer die konkrete Haftung bestimmt werden muss, ist im Streitfall immer ein Gericht heranzuziehen. Für die Parteien eines Rechtsstreites, seien es der Schädiger, der Geschädigte oder ein Arbeitgeber ist diese Entscheidung nicht zu treffen. Die Haftung ist daher nicht vorhersehbar. Im Interesse eines allgemein akzeptierten Haftungsregimes ist auch die Praktikabilität einer Lösungsmöglichkeit zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall zeichnet sich eine Überlastung der Gerichte durch eine solche Regelung bereits ab, die gleichermaßen eine Rechtsunsicherheit für die Parteien selbst begründet.

4.3.2.1.2 Haftungsanteile absolut bestimmen

Dem Vorwurf, eine prozentuale Haftung sei in der Rechtsfolge zu unbestimmt kann dadurch entgegengetreten werden, dass einer Sorgfaltsverletzung bestimmten Grades eine absolute Haftung, z.B. am Monatseinkommen orientiert, zugewiesen wird. Dies könnte beispielsweise so ausgestaltet werden, dass für mittleres Verschulden der Schaden bis zu einer Höhe von 2 Monatsgehältern, bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz ein Schadenersatz in Höhe von drei Monatsgehältern von dem Arbeitnehmer zu tragen ist. Darüber hinaus hat jedoch der Arbeitgeber einzustehen. Im Einzelfall erfordert ein solcher Lösungsansatz nicht mehr die Entscheidung über die konkrete Höhe des Haftungsumfanges, sondern lediglich über den Grad des Verschuldens.

Für den Arbeitgeber wirkt sich eine solche Regelung vor allem bei hohen Schadensbeträgen nachteilig aus, denn dann droht eine unerträgliche Haftung einzutreten, die nicht mit der Verantwortlichkeit korrespondiert. Dies führt zu einer ungerechtfertigten Freistellung des Arbeitnehmers von der Haftung zu Lasten des Arbeitgebers, der die Differenz tragen muss. Auch bei einer solchen Regelung muss ferner über die genauen Haftungsvoraussetzungen, nämlich das Vorliegen von leichter, mittlerer und grober FL entschieden werden. Der Vorteil, dass über die Haftungshöhe des Arbeitnehmers im Einzelfall nicht mehr zu entscheiden ist, überzeugt in der Gesamtschau nicht, zumal alle anderen Vorteile, die bei einer reinen gequotelten Haftung noch wahrnehmbar sind, nämlich Einzelfallgerechtigkeit und die Angemessenheit der Haftung, wegfallen.

Zuletzt müssen sich alle hier angesprochenen Lösungsmodelle auch enthalten lassen, dass bei einer dem Grunde nach gequotelten Haftung im Bereich der groben Fahrlässigkeit und des Vorsatzes auch auf Seiten des Arbeitgebers Unbilligkeiten entstehen können. Bei diesen Verschuldensgraden rechtfertigt weder der Haftungszweck noch die Begründung der Arbeitgeberhaftung über das Betriebsrisiko eine anteilige Haftung.⁴²¹ Zum einen ist das Betriebsrisiko aufgrund des hervortretenden Verschuldens des Arbeitnehmers in diesem Falle als Schadensursache nicht mehr zu berücksichtigen⁴²², zum anderen wird ein Schadenersatzsystem, welches dem Arbeitgeber auch die Haftung für Schäden auferlegt, die von dem Arbeitnehmer durch leichtsinniges, rücksichtsloses und grob fahrlässiges

⁴²¹ Zur Begründung auch die Argumente die gegen eine unbegrenzte Arbeitgeberhaftung sprechen- siehe 4.2.

⁴²² *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 104.

Verhalten begründet werden, als unbillig empfunden werden.⁴²³ Denn dem Arbeitnehmer ist die Einhaltung einer gewissen Sorgfalt im Arbeitsleben durchaus zumutbar.

4.3.2.2 *Generelle Haftungsbeschränkung, außer in den Fällen von Vorsatz*

Der nachfolgende Vorschlag für die Regelung einer Haftungsbeschränkung führt zu einer einfachen Kategorisierung und zur Vermeidung schwieriger Abgrenzungen, indem eine vollständige Enthftung des Arbeitnehmers für den Bereich der Fahrlässigkeit stattfindet wohingegen im Bereich des Vorsatzes seine volle Haftung begründet wird.⁴²⁴

Dies hat den Vorteil, dass innerhalb der Fahrlässigkeit keine komplizierte Unterteilung in leichte, mittlere und grobe Fahrlässigkeit stattfinden muss. Der Gefahr der Rechtsunsicherheit kann so begegnet werden,⁴²⁵ ebenso wie eine übermäßige Belastung der Gerichte aufgrund der eindeutigen Regelung nicht eintreten wird.

Andererseits büßt eine solche Regelung den Charakter der Einzelfallentscheidung und -gerechtigkeit ein, denn die volle Haftung des Arbeitgebers für den Bereich der Fahrlässigkeit entspricht nicht seinem Verantwortungsanteil an der Schadensverursachung. Es entsteht eine prinzipielle Unbilligkeit, wenn der Arbeitgeber für bewusst fahrlässiges, leichtsinniges und rücksichtsloses Verhalten des Arbeitnehmers dem Grunde nach haften soll. Solche grobe Verstöße sind nach den analysierten Haftungsgrundlagen des Betriebsrisikos und der Fürsorgepflicht nicht mehr dem steuerbaren Risiko des Arbeitgebers zuzurechnen.⁴²⁶

Im Streitfalle ist ferner der Vorsatz immer auch ein Problem der Beweisführung, der hinsichtlich der subjektiven Seite des Arbeitnehmerverhaltens schwer nachzuweisen ist. So besteht die Gefahr, dass eine Haftung des Arbeitnehmers, sofern nicht eine Beweislastumkehr eingerichtet wird, praktisch schwer durchsetzbar sein wird. Die Haftungsregelung droht somit de facto zu einer ausschließlichen Haftung des Arbeitgebers zu mutieren. Allerdings ist dies eine Frage der Ausgestaltung solcher Verfahren durch die Judikatur, die es in der Hand hat die Ausuferung der Haftung z.B. durch die Einführung einer Beweislastumkehr, zu begrenzen und die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen auch gegen den Arbeitnehmer zu ermöglichen. Da auch in anderen Haftungsbereichen die vorsätzliche Schädigung Schadenersatzansprüche nach sich zieht, die bisher nicht zu problematischen Konstellationen geführt hat, ist auch hier eine praxisorientierte Handhabung durch die Gerichte zu erwarten.

⁴²³ *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 105.

⁴²⁴ So im Ergebnis auch von *Schnorr von Carolsfeld* vertreten, *Arbeitsrecht*, 2. Auflage, 305, *Scheuerle*, Der arbeitsrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff und das Problem des innerbetrieblichen Schadensausgleiches, RdA 1958, 251, der dies in einen eigenen arbeitsrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff kleiden möchte.

⁴²⁵ *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 123.

⁴²⁶ So auch *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 105.

Von einigen Autoren wird ferner eingewandt, es bestehe die Gefahr dem Leichtsinne des Arbeitnehmers Vorschub zu leisten.⁴²⁷ Diese Erwägung beruht jedoch auf dem irrigen Theorem des Präventionsgedankens des Deliktsrechts.⁴²⁸ Das Argument wird auch dadurch entkräftet, dass sich das System in Ländern wie England und Schweden bewährt hat, obwohl dort für fahrlässige Schäden keine Inanspruchnahme des Arbeitnehmers erfolgt. Unordnung und Leichtfertigkeit wird dadurch im Vergleich zu dem Arbeitnehmerverhalten in anderen Rechtsordnungen kein Vorschub geleistet.⁴²⁹

Für eine vollständige Enthftung im Rahmen der Fahrlässigkeit spricht ebenfalls, dass der Arbeitgeber bei normaler Fahrlässigkeit in der Praxis zumeist auf die Inanspruchnahme des Arbeitnehmers verzichtet. Streitigkeiten über die Haftung entstehen regelmäßig erst dann, wenn aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die gegenseitigen Ansprüche aufgerechnet werden.⁴³⁰ Dies zeigt auch die deutsche Regelung im Rahmen des öffentlichen Dienstes, wo eine entsprechende Enthftung bis zur groben Fahrlässigkeit vorgenommen wurde.⁴³¹

4.3.2.3 Kombination von Enthftung, anteilmäßiger Haftung und voller Haftung des Arbeitnehmers nach Verschuldensgrad

Um die Vorteile der zuvor diskutierten Regelungsvarianten zu bündeln wird in verschiedenen Rechtsordnungen folgende Haftungsvariation vertreten: während bei leichtester und leichter Fahrlässigkeit eine Enthftung des Arbeitnehmers eintritt, wird im Bereich der mittleren Fahrlässigkeit eine prozentuale Haftungsquotelung in Betracht gezogen, wohingegen für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit die volle Haftung des Arbeitnehmers stattfindet.⁴³²

4.3.2.3.1 Abgrenzung zu anderen Lösungsansätzen

Eine Kombination der verschiedenen Haftungsteilungskonzepte könnte auch in anderen Ausgestaltungen Niederschlag finden.

Denkbar ist eine Quotelung der Haftung auch für den Bereich der leichtesten und leichten

⁴²⁷ Otto/Schwarze, Die Haftung des Arbeitnehmers, 105, 123.

⁴²⁸ Siehe zur Begründung 3.2.1.

⁴²⁹ Kothe, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko, 317, Otto/Schwarze, Die Haftung des Arbeitnehmers, 123.

⁴³⁰ Otto/Schwarze, Die Haftung des Arbeitnehmers, 121

⁴³¹ Otto/Schwarze, Die Haftung des Arbeitnehmers, 227 ff.

⁴³² Zur sog. Dreiteilung der Haftung im deutschen Recht ausführlich: Arens, Haftung des Arbeitnehmers, BB, 1988, 1596 ff.; Baumann, Die deliktische Außenhaftung des Arbeitnehmers in der Privat- und Verfassungsrechtsordnung, BB 1994, 1300 ff.

Fahrlässigkeit festzuschreiben, so dass im gesamten Bereich der leichten und einfachen Fahrlässigkeit, ausgenommen die grobe Fahrlässigkeit, eine Teilung des Schadenersatzrisikos vorgenommen wird. Hingegen haftet der Arbeitnehmer allein für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz. Eine solche Lösungsvariante hat gegenüber dem hier vorgeschlagenen Haftungsmodell den Nachteil, dass eine Haftung des Arbeitnehmers im Bereich der leichtesten Fahrlässigkeit nicht dem Schutzzweck der Haftungsaufteilung entspricht, so gering die Einstandspflicht auch sein möge. Denn es ist unbillig den Arbeitnehmer gerade in Fällen, in denen er selbst einen verschwindend geringen Anteil an der Schadensverursachung trägt, einer unübersichtlichen Haftung auszusetzen. Ferner müssen durch die Gerichte nicht nur die Haftungsstufen im Einzelfall bestimmt werden, sondern auch die mit diesen verbundene Haftungsquotelung, sofern sich die Haftungsaufteilung an Prozentzahlen orientiert. Das Abgrenzungsproblem bleibt damit erhalten und wird in nur geringem Umfang gegenüber einer unbegrenzten Haftungsaufteilung vermindert. Die Nachteile wie Rechtsunsicherheit und eine verstärkte Inanspruchnahme der Gerichtsbarkeit bestehen fort. Hier bietet die oben angeführte Diskussionsgrundlage mehr Vorteile, da zumindest dem Umfange nach eine Bestimmung der einzelnen Haftungsanteile für den Bereich der leichtesten und leichten Fahrlässigkeit vorhersehbar ist.

Eine weitere Variante besteht darin die grobe Fahrlässigkeit in die prozentuale Haftungsaufteilung miteinzubeziehen, wohingegen bei der leichtesten und leichten Fahrlässigkeit eine Enthftung des Arbeitnehmers stattfindet. Diese Lösung führt ebenfalls zu einer aufwendigen Definition des jeweiligen Haftungsumfanges. Denn außer dem Grad des Verschuldens muss auch der im Einzelfall von den Parteien zu tragende Haftungsanteil individuell bestimmt werden und dies nicht nur wie zuvor vorgeschlagen für die mittlere Fahrlässigkeit sondern darüber hinaus auch für die grobe Fahrlässigkeit. Die grundsätzliche Eignung der Haftungsaufteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Bereich der groben Fahrlässigkeit ist auch weiterhin fragwürdig. Eine Haftung des Arbeitgebers im Bereich der groben Fahrlässigkeit ist nicht zu vertreten, da selbst bei partieller Haftung immer besonders schwerwiegende Verfehlungen auf Seiten des Arbeitnehmers vorliegen, so dass die tatsächliche Einflussnahme des Arbeitgebers auf das Geschehen und den Schaden äußerst gering ist. Wie bereits dargelegt, ist jedoch die Haftung an die eigene Verantwortlichkeit zu knüpfen. Dies ist vorliegend nicht möglich. Im Gegensatz zu dem vorgeschlagenen Regelungsansatz kommt es auch in dieser Variation zu der Notwendigkeit einer zwischen der groben Fahrlässigkeit und dem Vorsatz abzugrenzen, da eine Unterscheidung zwischen beiden Verschuldensformen stattfinden muss, um den Haftungsumfang zu bestimmen. Die hierdurch zusätzlich anfallenden Problemstellungen rechtfertigen auch hier einen Hinweis auf die Einschränkung der Rechtssicherheit und eine steigende Gerichtsauslastung. Die angeführte Haftungsvariante bietet demzufolge erhebliche Nachteile und ist zu verwerfen.

4.3.2.3.2 Vorteile des Lösungsvorschlages

Die hier diskutierte Lösungsvariante beinhaltet drei Stufen. Zum ersten die Enthftung des Arbeitnehmers für leichteste und leichte Fahrlässigkeit, dann die anteilige Haftung für den Bereich der mittleren Fahrlässigkeit und zuletzt die volle Haftung des Arbeitnehmers für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz. Jede einzelne dieser Stufen bietet bezüglich ihrer Regelung der Arbeitnehmerhaftung Vorteile.

Der Verzicht auf eine Haftung bei leichtester und leichter Fahrlässigkeit ist insofern konsensfähig, als in der Praxis zumeist von einer Inanspruchnahme des Arbeitnehmers

abgesehen wird, wenn sich dessen Verschulden im Bereich der leichten Fahrlässigkeit bewegt, auch wenn die Anspruchsdurchsetzung gegen ihn denkbar wäre.⁴³³ Dies spricht zum einen dafür, dass die Arbeitgeber selbst die Schäden, die lediglich durch leichte Fahrlässigkeit verursacht wurden, ihrer eigenen Risikosphäre zuordnen. Zum einen sind diese Schäden oftmals geringfügig, so dass sich auch für solche Bagatelldelikte ein Prozess nicht lohnen würde.⁴³⁴ Zum anderen ist bei leichter Fahrlässigkeit die Wahrscheinlichkeit groß, dass aufgrund der Umstände im Einzelfall die Risikozurechnung aufgrund des Betriebsrisikos und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ohnehin diesem allein zuzuordnen ist, wenn denn der Anteil der Verursachung durch den Arbeitnehmer so verschwindend gering ist.⁴³⁵

Die anteilige Haftung im Rahmen der mittleren Fahrlässigkeit ist vorteilhaft, da eine individuelle Haftungsregelung getroffen wird, die dem Gerechtigkeitsbedürfnis und –bewusstsein der Betroffenen sowie der Rechtsordnung an sich zu Gute kommt. Die quotale Haftung in dem Bereich, in dem weder dem Arbeitnehmer noch dem Arbeitgeber das volle Risiko zugerechnet werden kann gewährleistet die Einhaltung der Einzelfallgerechtigkeit. In die Haftungszuweisung können dann Kriterien wie die Umstände der Schadensentstehung, die Austauschgerechtigkeit im individuellen Arbeitsverhältnis, die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers und die konkret getroffene Schadensvorsorge durch den Arbeitgeber einfließen.⁴³⁶ Die daraus folgenden Nachteile wie Rechtsunsicherheit und Justizbelastung werden minimiert, denn einerseits ist absehbar für welchen beschränkten Bereich eine Haftungsteilung in Betracht kommt und andererseits ist eine ausgewogene Haftung beider Parteien gewährleistet. Das Ergebnis einer solchen Teilung ist daher hinsichtlich der Voraussetzungen des Umfanges zumindest prinzipiell kalkulierbar.

Im Rahmen der vollumfänglichen Haftung des Arbeitnehmers für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit tritt äquivalent zu den allgemeinen Haftungsprinzipien die Verursacherhaftung ein. Gerade im Falle der groben Fahrlässigkeit und des Vorsatzes ist es nicht vertretbar dem Arbeitgeber irgendeine Art der Haftung aufzuerlegen, wenn dieser es aufgrund des Arbeitnehmersverhaltens nicht mehr in der Hand hat das Geschehen zu gestalten.

Die Dreiteilung der Haftungsstruktur ist im Gegensatz zu einer reinen anteilsorientierten Haftung insofern übersichtlich gestaltet, als sie lediglich zweier Abgrenzungen bedarf. Zum einen der zwischen leichter und mittlerer zum anderen zwischen mittlerer und grober

⁴³³ für Deutschland: *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? E 62

⁴³⁴ *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 118.

⁴³⁵ So im Ergebnis auch *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen? E 63, der sich bei der Begründung jedoch auch auf die im deutschen Recht bereits in anderen Bereichen vorhandenen Regelungen zur Enthaftung bei leichter Fahrlässigkeit beruft und aus Gleichheitserwägungen einen entsprechenden Haftungsausschluss vertritt.

⁴³⁶ *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 113 ff.

Fahrlässigkeit. Die Haftungsfolgen sind auch für jeden Bereich übersichtlich und stellen eine individuelle Anpassung der Haftung an die Besonderheiten jeder Haftungsstufe dar. Der Grad der Einflussnahme steht im Mittelpunkt der Abwägungen, wobei zu komplexe Lösungsansätze durch die bereichsweise Alleinhaftung von Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber vermieden werden.

4.3.2.3.3 Nachteile des Lösungsvorschlages

Die Vorteile des hier diskutierten Regelungsvorschlags liegen auf der Hand: dies ist vor allem die Einzelfallgerechtigkeit, die den Betroffenen gewährt wird. Gleichzeitig bringt eine solche individuell zusammengestellte Lösung der Arbeitnehmernaßenhaftung jedoch auch Nachteile mit sich.

Zum einen ist bereits die zweifache Abgrenzung, nämlich zum einen zwischen leichter und mittlerer sowie zum anderen zwischen mittlerer und grober Fahrlässigkeit, für den juristischen Laien verwirrend, nicht selbst zu definieren und somit unkalkulierbar. Allein die Tatsache, dass gegenüber anderen Lösungsansätzen eine weniger komplizierte Variante gefunden wurde kann nicht ausschlaggebend sein. Vielmehr ist im Interesse einer praktikablen Lösung von dem einfachsten und unkompliziertesten Haftungsmuster auszugehen. Hinsichtlich der komplexen Abgrenzungen im Bereich der Fahrlässigkeit ist der einfachere Weg der Verzicht auf sämtliche Abgrenzungen zulasten einer Einzelfallgerechtigkeit. Dies auch zumal eine Kompensation des so entstehenden Verlustes der individuellen Gerechtigkeit durch eine entsprechende Ausgestaltung vermindert werden kann. Denn die Problematik der Überlastung der Justiz bliebe in der vorliegenden Lösungsvariante bestehen, da sowohl die Verschuldenslage als auch die individuelle Quotelung im Einzelfall vom Gericht festgelegt werden muss. Dies führt zu dem bemängelten Verlust an Rechtssicherheit im Sinne einer Prognosemöglichkeit.⁴³⁷ Ein einheitlicher Beurteilungsmaßstab ist nicht gegeben, denn die Gerichte müssen im Rahmen der Subsumtion des Sachverhaltes unter leichte, mittlere oder grobe Fahrlässigkeit viele Einzelfallerwägungen treffen, die von Land zu Land und sogar von Gericht zu Gericht eine unterschiedliche Bewertung erfahren könnten. Es entsteht die Gefahr einen europäischen Rechtsprechungsflückenteppich zu begünstigen, dessen Einzelaussagen nicht notwendigerweise miteinander harmonisieren müssen.

Auch gegen einzelne Elemente der vorgeschlagenen Haftungsaufteilung kann Kritik vorgebracht werden. Bereits die Unterscheidung der Fahrlässigkeit in leichte und mittlere ist nicht unkompliziert. Hieran orientiert sich jedoch die Haftung des Arbeitnehmers im jeweiligen Einzelfall. Gleiches gilt für die Unterscheidung zwischen mittlerer und grober Fahrlässigkeit. Zwar haben Rechtssysteme in ganz Europa hinsichtlich verschiedener Tatbestände und Rechtsfragen eine solche oder ähnliche Abgrenzung vorzunehmen, so dass davon ausgegangen werden kann, dass nationale Rechtsordnungen hierzu in der Lage sind. Unterschiede werden dennoch unvermeidbar sein. Selbst im deutschen Recht ist die

⁴³⁷ *Otto*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 56.

Unterscheidung zwischen leichter und mittlerer Fahrlässigkeit bis heute nicht abschließend gelungen.⁴³⁸ Es konnten keine Kriterien aufgestellt werden, die eine allgemeingültige Abgrenzung ermöglichen. Dies mag vor allem darin begründet sein, dass sich jeder Verschuldensgrad an der geforderten und gebotenen Sorgfalt messen lassen muss.⁴³⁹ Diese wiederum ist im Einzelfall anhand der jeweilig individuellen Situation zu definieren. Zwar wäre es möglich die Sorgfaltspflichtverletzung anhand der äußersten Sorgfalt zu definieren, so dass eine einheitliche Beurteilungsgrundlage entstünde. Dies hätte jedoch zur Folge, dass jedes Abweichen, wie nachvollziehbar es auch im Einzelfall sein mag, ein Verschulden zur Folge hätte. Die Haftung hier anzuknüpfen verletzt auf Dauer das Gerechtigkeitsempfinden. Eine Einbeziehung der individuellen Umstände ist nicht hinwegzudenken. Bereits die Subsumtion unter den Begriff der leichten Fahrlässigkeit ist daher dem Grunde nach schwierig.⁴⁴⁰

Ferner ist die Begründung für die Grenzziehung zwischen Enthftung im Falle der leichten Fahrlässigkeit und der anteiligen Haftung im Falle der einfachen Fahrlässigkeit zu hinterfragen. Wird zugunsten einer solchen Regelung eingewandt, dass die Schäden im Falle der leichten Fahrlässigkeit stets geringer seien als bei normaler, so ist dies als Grundsatz zu hinterfragen. Die Höhe des entstehenden Schadens ist nicht kausal mit dem Grad der Fahrlässigkeit verbunden. Vielmehr kann auch im Falle des geringsten Versehens ein überproportional hoher Schaden entstehen. Des weiteren ist der Argumentation, die Arbeitgeber hätten Kulanz im Falle der leichten Fahrlässigkeit walten lassen, einiges entgegenzusetzen. Zum einen mag eine solche Praxis zwar bestehen, als Indiz für eine Haftungsverlagerung, quasi aus einer allgemeinen Übung heraus, kann dies jedoch nicht in die rechtlichen Erwägungen einfließen. Kulanz ist gerade kein rechtsverbindliches Verhalten. Vor allem im Hinblick auf die dennoch drohenden hohen Schadenersatzansprüche die durch leichte Fahrlässigkeit hervorgerufen werden können, muss grundsätzlich von einem Interesse der Arbeitgeber ausgegangen werden, zumindest einen Teil der Kosten abwälzen zu können. Ein weiterer Grund für die mangelnde Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen durch den Arbeitgeber im Falle der leichten Fahrlässigkeit mag zuletzt auch die deutsche Rechtsprechung selbst sein, die bei leichter Fahrlässigkeit eine Haftung des Arbeitnehmers ablehnt.

Auch die Abgrenzung zwischen normaler und grober Fahrlässigkeit bringt einige Nachteile mit sich. Die genaue Bestimmung der groben Fahrlässigkeit ist allein anhand einer zuvor vorgenommenen Definition der erforderlichen Sorgfalt möglich, ein independenter Maßstab liegt daher nicht vor. Ferner muss der Richter alle Einzelumstände miteinbeziehen, die die grobe Fahrlässigkeit begründen.⁴⁴¹ Der Übergang zwischen mittlerer Fahrlässigkeit und grober Fahrlässigkeit ist hingegen fließend, so dass es allein im Ermessen des Richters liegt zwischen beiden zu entscheiden. Da die Abgrenzung

⁴³⁸ *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 119.

⁴³⁹ *Mayer-Maly*, Die Wiederkehr der culpa levissima, AcP 163 (1963), 118.

⁴⁴⁰ *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 120.

⁴⁴¹ *Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 105.

jedoch über volle Haftung oder Haftungsteilung entscheidet ist es hier vielmehr als in anderen Haftungskonstellationen wünschenswert eine eindeutige Abgrenzung der Haftungsvoraussetzungen heranzuziehen. Dies ist so nicht möglich.

Der mit der Komplexität der Regelung verbundene Vorteil der individuellen Anpassung der Haftung an den Einzelfall ist zugleich ihr größter Makel. Sie beeinträchtigt die Übersichtlichkeit der Haftung und ruft nach einer möglichst weitgehenden Limitierung der Abgrenzungen.

4.3.2.4 Zwischenergebnis zum Haftungsumfang

Angesichts dieser gravierenden Kritikpunkte ist fraglich ob die Vorteile einer gequotelten Haftung im Zusammenspiel mit der Enthftung und unbeschränkten Haftung des Arbeitnehmers die Ansammlung der Nachteile einer solchen Lösung aufwiegen. Die gefundenen Abwägungsergebnisse werden nachfolgend zusammengestellt und bewertet.

Zunächst ist anzumerken, dass jeder der geprüften Regelungsansätze Nachteile aufweist. Jede Variante der Haftungsteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kann daher nur Ergebnis eines Kompromissvorschlages sein, in dem nach der einen oder anderen Seite nachgegeben wird. Die in Kauf zu nehmenden Nachteile sollten durch die Art und Weise der Ausgestaltung der Haftung kompensiert werden. Dies jedoch erst, wenn der Haftungsumfang dem Grunde nach festgelegt wurde.

Insgesamt wurden 4 Varianten der Beschränkung der Haftungsbelastung des Arbeitnehmers diskutiert. Dies waren die gequotelte Haftung⁴⁴², der Haftungsumfang anhand vordefinierter Haftungsstufen⁴⁴³, die volle Enthftung mit Ausnahme des Vorsatzes⁴⁴⁴ und die kombinierte Form der anteiligen Haftung mit Enthftung und voller Haftung⁴⁴⁵.

Hinsichtlich der ersten 2 Regelungsvorschläge dominieren die festgestellten Nachteile sowohl quantitativ als auch qualitativ über die Vorzüge der Haftungsteilungsansätze.

Zwar gewährt die gequotelte Haftungsteilung die Einzelfallgerechtigkeit, muss sich aber entgegenhalten lassen, dass gute Gründe für eine generelle Beschränkung der Haftung im Bereich der leichtesten und leichten Fahrlässigkeit sprechen. Die Lösung ist aufgrund der fehlenden objektiven Kriterien der Haftungsteilung für den juristischen Laien nicht nachvollziehbar. Dies führt sowohl zu Rechtsunsicherheit als auch zu Prognoseschwierigkeiten. Diese Variante ist daher zu verwerfen.

Im Vergleich zu der prozentualen Haftung kompensiert die Haftungsteilung nach

⁴⁴² 4.3.2.1.1.

⁴⁴³ 4.3.2.1.2.

⁴⁴⁴ 4.3.2.2.

⁴⁴⁵ 4.3.2.3.

vorgegebenen Kriterien⁴⁴⁶ die Unpraktikabilität bei der Feststellung des Haftungsumfanges. Die gestufte Haftung, also z.B. die Haftung in Höhe eines Monatsgehaltes für den Verschuldensgrad der leichten Fahrlässigkeit ist einfacher zu handhaben als eine im Einzelfall prozentual festzulegende Haftungsquote. Die damit verbundenen Nachteile sind jedoch mannigfaltig. Die Schwierigkeiten bei der Grenzziehung zwischen den einzelnen Verschuldensstufen bleiben bestehen. Vor allem bei hohen Schäden droht nach vorheriger Eingrenzung der Arbeitnehmerhaftung anhand absoluter Kriterien eine unangemessen hohe Inanspruchnahme des Arbeitgebers. Die Einzelfallgerechtigkeit, zuvor noch einziger Vorteil einer verschuldensangepassten Haftung, entfällt damit. Haftungsumfang und Anteil an der Schadensverursachung korrespondieren nun nicht mehr miteinander. In beiden Variationen⁴⁴⁷ ist zuletzt die erstrebenswerte volle Haftung des Arbeitnehmers im Rahmen der groben Fahrlässigkeit nicht vorgesehen.

Die Nachteile dieser Lösungsansätze für die Außenhaftung des Arbeitnehmers sind vor allem vor dem Hintergrund der vielfältigen europäischen Rechtssysteme zu betrachten, die eine möglichst einfache und praktikable Haftungsverteilung erfordern. Andernfalls droht mit der anfallenden Masse an Einzelrechtsprechung eine gänzliche Verwirrung der Rechtssuchenden. Diese prinzipiellen Mängel durch die Art der Ausgestaltung der Haftung wieder aufzuheben erscheint nicht möglich, denn die Komplexität der Regelung selbst wird durch die Modalitäten der Haftungsausübung nicht beeinflusst.

Hier setzen auch die Vorzüge des Prinzips der vollen Enthftung des Arbeitnehmers, ausgenommen die Haftung für Vorsatz⁴⁴⁸, an. Diese Lösung ist simpel und trägt somit zur Rechtssicherheit bei. Der spezifische Haftungsumfang ist für den Laien vorhersehbar. Dies sichert überdies den Betriebsfrieden, denn Streitigkeiten über den jeweiligen Umfang der Haftung bleiben aus.

Diese Variante der Haftungsteilung weist auch lediglich zwei Nachteile auf. Zum einen besteht auch hier keine Haftung des Arbeitnehmers für grob fahrlässig verursachte Schäden, obwohl dies nach dem zuvor gezogenen Schlüssen wünschenswert wäre. Zum anderen fehlt es hier wie bei der gestuften Haftung an der Anknüpfung des Haftungsumfanges an den Verschuldensanteil bei Verursachung des Schadens. Die Einzelfallgerechtigkeit der Regelung steht dadurch in Frage. Die Ausgestaltung, z.B. über eine Versicherungspflicht, könnte dieses Manko unter Umständen kompensieren.

Die Kombination von Enthftung, anteilmäßiger Haftung und voller Haftung des Arbeitnehmers nach Verschuldensgrad⁴⁴⁹ erzielt zunächst die geforderte Enthftung des Arbeitnehmers bei leichtester und leichter Fahrlässigkeit. Ferner ist die

⁴⁴⁶ 4.3.2.1.2.

⁴⁴⁷ 4.3.2.1.1 und 4.3.2.1.2.

⁴⁴⁸ 4.3.2.2.

⁴⁴⁹ 4.3.2.3.

Einzelfallgerechtigkeit im Bereich der normalen Fahrlässigkeit gewährleistet, denn hier findet immer noch eine Abwägung nach den individuell zur Schadensverursachung führenden Kriterien statt. Zuletzt wird auch in dem Bereich der groben Fahrlässigkeit durch die uneingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers die Kritik entkräftet, der Arbeitgeber hafte hier entgegen des gebotenen Haftungsumfanges. Eine umfangreiche Abgrenzung der verschiedenen Verschuldensgrade ist ebenfalls nicht geboten. Lediglich zwei Abgrenzungen, nämlich die zwischen leichter und mittlerer sowie die zwischen mittlerer und grober Fahrlässigkeit sind zu treffen. Verglichen mit den übrigen Haftungskonzepten erscheint diese Alternative der Außenhaftungsregelung daher in erster Linie empfehlenswert, denn jedwede Kritikpunkte an den anderen Varianten der Haftungszuweisung werden berücksichtigt und eliminiert. Das maßgeschneiderte Konzept wirkt jedoch auf der anderen Seite zusammengeflickt und beinhaltet eigene Tücken.

Zwar erscheint eine zweifache Abgrenzung zur Feststellung des Außenhaftungsumfanges nicht zu umfangreich, die grundsätzlichen Prognoseunsicherheiten bleiben für die Betroffenen jedoch bestehen. Die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Fahrlässigkeitsstufen birgt weiterhin die Gefahr von den Gerichten unterschiedlich definiert zu werden. Es läge im Ermessen jedes einzelnen Gerichts in den Mitgliedsstaaten die Unbestimmtheit, die im Rahmen der Definition von Fahrlässigkeit und Verschulden auftritt, aufzulösen. Eine solche Rechtsprechungslösung kann nicht in allen Mitgliedsstaaten einheitlich ausfallen.

Diese Lösung muss sich daher auch die Kritik gefallen lassen, wie die ersten zwei Haftungsvarianten, für die Praxis zu komplex zu sein. Denn im Bereich der EU sind einfachste Regelungen notwendig.⁴⁵⁰ Eine Rechtsangleichung ist bei zu komplexen Maßnahmen nicht möglich. Komplexität erfordert Ermessensspielräume. Eine ausreichende Bindung der Gerichte, die eine Einheitlichkeit der Haftung dann gewährleisten müssten, kann so nicht gesichert werden. Ein Europa der unterschiedlichen Rechtsauslegungen ist jedoch nicht Ziel einer einheitlichen europäischen Regelung. Dies allein spricht für die Zweiteilung der Haftung. Ferner muss nochmals festgestellt werden, dass die Haftungszweiteilung ihre Schrecken durch eine wohlbedachte Ausgestaltung verlieren könnte. Die Komplexität der anderen vorgeschlagenen Regelungen sich aber durch die Einkleidung des Konzeptes nicht mehr wandelt. Der Gefahr der Einzelfallrechtsprechung könnte nur begegnet werden, indem durch Einzelfallregelungen vorab die Ermessensfreiheit der Gerichte durch das Ermessen des Normgebers ersetzt wird. Eine umfassende Einzelfallregelung ist jedoch nie allumfassend und öffnet der übermäßigen Regulierung und der Erstarrung der Rechtsordnungen Tür und Tor. Auf die anteilmäßige Haftung sollte daher zugunsten einer Haftungszweiteilung verzichtet werden.

⁴⁵⁰ v. Bar, Das deutsche Deliktsrecht in gemeineuropäischer Perspektive, 30; mit dem Verweis auf die Notwendigkeit möglichst einfache und klare Prinzipien im Rahmen eines europäischen Privatrechts anzuwenden.

4.3.3 Ausgestaltung des Haftungsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber

Im Gegensatz zu den Haftungsvorschlägen, die entweder eine volle Außenhaftung des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers favorisieren⁴⁵¹, stellt sich bei einer Aufteilung des Haftungsumfanges zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Frage, inwiefern diese im festgestellten Umfang auch nach außen haften. Es ist denkbar, die Außenhaftung einer der Parteien oder beiden gleichzeitig in vollem Umfange aufzuerlegen, wobei die Aufteilung der Haftung dem Innenverhältnis vorbehalten bleibt. Bei der Ausgestaltung der Haftung ist daher zunächst zu beantworten, ob und gegebenenfalls wie die Außenhaftung der Innenhaftung entsprechen sollte. Erst im zweiten Schritt kann die konkrete Ausgestaltung des Haftungsmodus entwickelt werden.

4.3.3.1 Übertragung der Innenhaftung auf das Außenverhältnis?

Nach dem vorliegenden Ergebnis⁴⁵² bietet sich eine Haftungsteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber an. Dies führt, wenn bis in die letzte Konsequenz verfolgt, für den Geschädigten zu einer Schuldnermehrheit. Denn haften beide Parteien des Arbeitsverhältnisses nur anteilig, stehen dem geschädigten Dritten nunmehr beide Haftenden gegenüber. Dennoch kann nicht gefolgert werden, der Geschädigte müsse Arbeitgeber und Arbeitnehmer jeweils gesondert in die Haftung nehmen. Dies würde den Dritten mit einem Verfahrensrisiko belasten. Die Haftung gegenüber dem Geschädigten ist nach der Schutzrichtung und Risikoverteilung des Haftungstatbestandes der Außenhaftung des Arbeitnehmers zu beantworten. Die Abweichung von der vollen deliktischen Haftung des Arbeitnehmers beruht auf der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und dem Betriebsrisiko.⁴⁵³ Diese Gründe haben ihren Ursprung im bestehenden Arbeitsverhältnis. Die Außenhaftungsregelung wird den Besonderheiten des Verhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gerecht, indem sie eine Haftungsverlagerung zum Schutze des Arbeitnehmers vorsieht. Den Dritten hingegen darf als Außenstehenden keine nachteilige Haftungsfolge treffen, denn er kann auf das Bestehen der besonderen Haftungssituation im Arbeitsverhältnis keinen Einfluss nehmen. Dem Dritten sollten demzufolge die Durchsetzung der Schadenersatzansprüche ungeteilt möglich sein. Der Umfang der festgestellten Haftung betrifft vorliegend lediglich das Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und ist nicht auf das Außenverhältnis zu übertragen. Dem Dritten muss es daher insbesondere freistehen in vollen Umfang gegen den Arbeitnehmer vorzugehen.

⁴⁵¹ Siehe 4.1 und 4.2 ; ist die Haftung dem Arbeitnehmer oder Arbeitgeber voll zugewiesen, gebietet es die Rechtssicherheit und die notwendige Klarheit von Rechtssystemen, dass diese Haftung sich nach außen fortsetzt, der Geschädigte also ohne Umwege den Haftenden selbst in Anspruch nehmen kann.

⁴⁵² 4.3.2.4.

⁴⁵³ 3.1.13.

4.3.3.2 Haftungsmodus

Dem Geschädigten sind möglichst wenig Risiken in der Anspruchsdurchsetzung aufzuerlegen. Eine gegenüber dem Dritten geteilte Außenhaftung ist daher ausgeschlossen. Anhand dieser Vorgaben ist nun zu prüfen, wer dem Dritten in welchem Umfang im Außenverhältnis haften soll und welche der diskutierten Lösungen in der einen oder anderen Form der Ausgestaltung geeignet ist die Außenhaftung am sinnvollsten zu regeln.

Angesichts der vielfältigen Ausgestaltungsvarianten werden bei dem Vergleich der unterschiedlichen Lösungsvorschläge in ihren diversen Ausgestaltungen nur die zwei Lösungsvariationen verfolgt, die in der Zusammenfassung⁴⁵⁴ empfehlenswert erschienen. Zum einen also, als einfachste Regelung, die volle Haftung des Arbeitgebers für den gesamten Fahrlässigkeitsbereich geknüpft an die unbeschränkte Haftung des Arbeitnehmers für Vorsatz. Zum anderen der anteilmäßige Haftungsansatz nach dem der Arbeitgeber unbeschränkt für die leichte Fahrlässigkeit haftet, bei der normalen Fahrlässigkeit von beiden Parteien des Arbeitsverhältnisses im Rahmen einer individuellen Quote gehaftet wird und bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz der Arbeitnehmer uneingeschränkt für den Schaden eintritt.

4.3.3.2.1 Ausgestaltung über Regress- und Freistellungsansprüche

Die anteilmäßige Haftung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer kann auf zweifache Weise über Regress- und Freistellungsansprüche ausgestaltet werden. Entweder wird dem Arbeitnehmer ein Regressrecht oder ein Freistellungsanspruch eingeräumt. Er haftet allein nach außen, kann sich jedoch bei Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen des Arbeitgebers im Innenverhältnis schadlos halten. Oder es wird eine Außenhaftung beider angenommen, die mit einer Gesamtschuldnerschaft einhergeht. In diesem Falle bestehen dann wechselseitige Regress- und Freistellungsansprüche.

4.3.3.2.1.1 *Freistellungsanspruch oder Regressrecht des Arbeitnehmers*

Die Konstruktion der Außenhaftung über einen Freistellungsanspruch oder Regressanspruch des Arbeitnehmers hat zur Folge, dass dieser grundsätzlich dem Dritten gegenüber haftet. Im Falle der Inanspruchnahme kann der Arbeitnehmer die Freistellung durch den Arbeitgeber in dem Umfang verlangen, in dem der Arbeitgeber im Innenverhältnis haftet. Gleichmaßen kann der Arbeitnehmer nach Befriedigung des Dritten den geleisteten Schadenersatz bis zur Haftungshöhe des Arbeitgebers von diesem ersetzt verlangen.

Dies hat eine Enthftung des Arbeitgebers im Außenverhältnis zur Folge. Für den Fall, dass der Arbeitnehmer insolvent ist, steht der Dritte bei einer solchen Regelung vordergründig ohne Rechtsanspruch gegen den Arbeitgeber da. Er könnte demnach nicht

⁴⁵⁴ 4.3.2.4.

von dessen Solvenz und generell gegebenen Haftung profitieren. Zwar ist die Verstärkung der Gläubigerstellung des Geschädigten nicht direktes Ziel der Haftungsaufteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, der Schutz des Dritten muss jedoch dennoch berücksichtigt werden. Der Dritte ist am Arbeitsverhältnis unbeteiligt und übt den geringsten Einfluss auf die Schadensentstehung aus. Dessen Schutz muss daher gegenüber den Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern überwiegen. Zwar könnte der Dritte, zumindest nach deutschem Recht, den Freistellungs- bzw. Regressanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber pfänden und aus dem gepfändeten Anspruch gegen den Arbeitgeber vorgehen. Dies ist jedoch mit weiteren Verfahren verbunden, die die Rechtsdurchsetzung durch den Geschädigten erschweren. Bei der Anwendung solcher Verfahren droht die unterschiedliche Umsetzung in den verschiedenen Rechtsordnungen, wobei ohne Normierung unklar ist, ob die einzelnen Rechtsordnungen einer Abtretbarkeit überhaupt zuneigen würden.⁴⁵⁵

Ein weiterer Nachteil dieser Konstruktion liegt in der generellen Klägerrolle des Arbeitnehmers.⁴⁵⁶ Dieser muss, um seine Ansprüche rechtskräftig gegen den Arbeitgeber festzusetzen grundsätzlich den Klageweg beschreiten. Dies hat zur Folge, dass neben den Haftpflichtprozessen der Geschädigten die Gerichte auch zur Durchsetzung der Regress- und Freistellungsansprüche der Arbeitnehmer bemüht werden. Neben der überflüssigen Belastung der Gerichtsbarkeit ist dem Arbeitnehmer auch die Auferlegung des weiteren Prozessrisikos zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegen den Arbeitgeber nicht zumutbar. Vor allem bei einer dem Grunde nach gequotelten Haftung kann sich die Unsicherheit des Arbeitnehmers über den Umfang des ihm zustehenden Anspruchs nachteilig auswirken. Der Arbeitnehmer könnte versucht sein von der Geltendmachung seiner Rechte ganz abzusehen, solange sich der Schaden in Grenzen hält und überdies eine Belastung des Arbeitsverhältnisses oder sogar der indirekte Verlust des Arbeitsplatzes durch einen Prozess droht.⁴⁵⁷

Eine Regelung allein über Freistellungs- und Regressrechte des Arbeitnehmers bietet sich daher nicht an.

⁴⁵⁵ Zu den bereits in der deutschen Rechtsprechung uneinheitlich gehandhabten Erfordernissen der Abtretbarkeit von Freistellungsansprüchen und den damit verbundenen Komplikationen: *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 266 ff; gerade im deutschen Recht entsteht durch das Insolvenzrecht die Situation, dass im Falle einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens meist nur eine anteilige Erfüllung der Insolvenzforderung erfolgt, die Durchsetzung des Anspruches demnach in der Praxis dennoch gefährdet ist. Dem Gläubiger ist hingegen die Einzelzwangsvollstreckung ab Eröffnung des Verfahrens verwehrt. Der Geschädigte könnte daher im deutschen Insolvenzfall gerade nicht selbst den Freistellungsanspruch pfänden, sondern müsste die Durchsetzung dieses Anspruches dem Insolvenzverwalter überlassen, der bei Erfolg der Durchsetzung den Betrag als Insolvenzmasse unter den Konkursgläubigern verteilt. Überblick zum deutschen Insolvenzrecht: Obermüller/ Hess, InsO, eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts, Rz. 43-714; Huntemann/Graf Brockdorff, Der Gläubiger im Insolvenzverfahren.

⁴⁵⁶ *Otto*, Die Neuordnung der Arbeitnehmerhaftung, 83.

⁴⁵⁷ *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 282.

4.3.3.2.1.2 Inanspruchnahme von Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei gegenseitigen Regressrechten

Die Verknüpfung von gegenseitigen Regress- bzw. Freistellungsrechten bei einer unbeschränkten Außenhaftung des Arbeitnehmers und Gesamtschuldnerschaft des Arbeitgebers vermeidet die zuvor angesprochenen Probleme. Die Rechte des Dritten werden so ausreichend geschützt, denn der Geschädigte kann sich entweder an beide Parteien gleichzeitig oder an den jeweils solventeren Gegner wenden. In der Durchsetzung seiner Ansprüche hätte der Dritte freie Hand.

Bewährt hat sich in diesem Zusammenhang auch die in Österreich praktizierte Verpflichtung zur Streitverkündung gem. §§ 3,4 DNHG, wonach der verklagte Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber im Falle der Klage eines Dritten zur Streitverkündung gegenüber dem anderen verpflichtet ist. Dies vermeidet eine Dopplung der Prozesse und dient der Sachverhaltsklärung, da allen Beteiligten Mitwirkungsrechte am Verfahren eingeräumt werden.⁴⁵⁸ Die Aufnahme der Streitverkündung in ein Regelungswerk über die Außenhaftung des Arbeitnehmers könnte allerdings große Eingriffe in die Prozessrechte notwendig machen. Allein das deutsche Recht birgt in diesem Bereich zahlreiche Unwägbarkeiten. So ist das Gericht im Falle einer Streitverkündung nach deutschem Recht nur an die Sach- und Rechtsfeststellungen gebunden, die in beiden Prozessen gleich liegen. So tritt beispielsweise bei der Beurteilung des Verschuldens die Frage auf, ob das Verschulden zwischen Arbeitnehmer und Dritten nicht anders zu beurteilen ist, als das, welches Ausschlag für eine Freistellungs- oder Regressanspruch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gibt. In einem solchen Fall müsste die Verschuldensfrage zweimal erörtert werden.⁴⁵⁹ Dies zu vermeiden erfordert auch hinsichtlich anderer Fragen die Restrukturierung der nationalen Prozessrechte und umfangreiche Harmonisierungsmaßnahmen. Die erforderliche Einfachheit und Übersichtlichkeit der Außenhaftungsregelung ist damit nicht mehr gegeben.

Nachteilhaft ist auch die Durchsetzung der wechselseitigen Regress- oder Freistellungsrechte in einem separaten Verfahren, mit allen Folgen für das bestehende Arbeitsverhältnis und dem zusätzlichen Prozess(kosten)risiko. Dem könnte vorgebeugt werden, wenn mit Hilfe der Konstruktion einer Streitverkündung oder einer Prozessverbindung auch im Hauptprozess des Geschädigten über die einzelnen Haftungsanteile entschieden werden würde. Dies erfordert jedoch desgleichen einen weitergehenden Eingriff in die nationalen Prozessrechte, der angesichts der notwendigen Regelungsfülle und Harmonisierungsmaßnahmen nicht empfehlenswert ist.

Die gemeinsame Außenhaftung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber hat auch zur Folge, dass beide das vollen Konkurs-Risiko des anderen tragen. Das Risiko des Dritten auf seinem Schaden sitzen zu bleiben wird zwar minimiert. Gleichzeitig wird der Zweck der Haftungsbegrenzung, nämlich eine Entlastung des Arbeitnehmers durchzusetzen, nicht

⁴⁵⁸ OGH, Urt. v. 8.Nov.1977 und OGH, Urt. v. 22.11.1977 beide: DRdA 1979, 36, OGH, Urt. v.13. März 1979, DRdA 1980, 154; dazu *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht, 477 f., Fn. 270 m.w.N.

⁴⁵⁹ *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 281.

vollends erreicht. Eine Entlastung des Arbeitnehmers tritt de facto nicht ein, wenn eine Insolvenz des Arbeitgebers stattfindet. In diesem Fall haftet er dem Dritten gegenüber, kann aber seine Regress- bzw. Freistellungsansprüche nicht verwirklichen. Diese Gefahr ist besonders bei kleinen Unternehmen und hohen Schadensbeträgen groß, also gerade dann, wenn die Folgen der Haftung für den Arbeitnehmer besonders schwer wiegen. Der Arbeitnehmer ist dann einem erhöhten Existenzrisiko ausgesetzt. Andere Regelungsmöglichkeiten, z.B. die Einrichtung einer Konkursausfallversicherung, wären geeignet Abhilfe zu schaffen. Die Befriedigung des Arbeitnehmers könnte durch einen Auffangfond oder eine Rückversicherung ermöglicht werden. Dies mildert zunächst die Haftungsfolgen, die Beantwortung der grundsätzlichen Frage nach dem Träger des immer verbleibenden Insolvenzrisikos ist damit jedoch nicht erfolgt.

Dieses Risiko ist dem Arbeitnehmer durchaus im Hinblick auf eine ausgewogene Risikozuweisung aufzulegen. Denn es entspricht dem allgemeinen Schadensrecht dem Schädiger das Risiko anzulasten, der in erster Linie den Schaden verursacht hat und dafür einstehen müsste. Zumal der Dritte als Geschädigter ohnehin das Risiko trägt, dass sowohl der Arbeitgeber, als auch der Arbeitnehmer zahlungsunfähig werden. Eine solche Haftungszuweisung führt auch nicht zu einer ungerechtfertigten Besserstellung des Geschädigten, da der Gewinn eines zusätzlichen Anspruchsgegners dadurch ausgeglichen wird, dass der Dritte seine Stellung als Geschädigter kaum beeinflussen kann. Dieser Fall unterscheidet sich daher nicht von anderen Situationen in denen dem Geschädigten mehrere Gesamtschuldner (z.B. Eltern bei Delikten ihrer Kinder) als Anspruchsgegner zur Verfügung stehen.

Die Alternative den Arbeitnehmer anstelle einer Gesamtschuldnerschaft mit dem Arbeitgeber subsidiär nach außen haften zu lassen, ist unpraktikabel. In einem solchen Fall träte der Arbeitnehmer nur in die Außenhaftung ein, wenn der Arbeitgeber aufgrund von Konkurs oder anderen Unwägbarkeiten dem Dritten gegenüber nicht haften kann. Eine solche Regelung birgt die Gefahr der entstehenden Rechtsunsicherheit, denn zu entscheiden, wann Subsidiarität vorliegt, liegt allein im Ermessen des Gerichtes und könnte schwerlich über eine Aufzählung der Eventualitäten geregelt werden. Jede Generalklausel birgt aber das Problem der Auslegung. Jedes Mitgliedsstaatsengericht könnte hier seine eigenen Grenzen festsetzen. Zu den bereits bestehenden Ermessensspielräumen der Gerichte, vor allem im Bereich des Verschuldens sollte jedoch im Interesse der Transparenz und Rechtssicherheit nichts hinzugefügt werden.

Wird die Gesamtschuldnerschaft von Arbeitnehmer und Arbeitgeber favorisiert, so ist dies im Lichte der zwei hier näher zu beleuchtenden Haftungsvarianten zu untersuchen.

Wendet man die Gesamtschuldnerschaft auf die Lösungsvariante an, die dem Arbeitgeber die gesamte Haftung für Fahrlässigkeit zuweist und den Arbeitnehmer nur für Vorsatz haften lässt, so ändert sich an der Kritik die grundsätzlich gegen diese Regelung vorgebracht werden könnte zunächst nichts. Die vordergründigen Ungerechtigkeiten hinsichtlich des Haftungsumfanges des Arbeitgebers werden nicht behoben. Andererseits entstehen jedoch keine weiteren Nachteile durch die Anwendung der Gesamtschuldnerschaft auf dieses Haftungssystem. Das Risiko des Dritten, die Insolvenz eines der Beteiligten selbst kompensieren zu müssen, wird minimiert. Die Vorteile des Lösungsansatzes bleiben daneben erhalten, so dass eine einfache, praktikable Haftungsregelung gegeben ist. Zwar ließe sich einwenden, dass die Außenhaftung des Arbeitnehmers nur in den seltensten Fällen auch der Innenhaftung entspricht, so dass eine Inanspruchnahme des Arbeitnehmers bei Fahrlässigkeit zu dem Ergebnis führt, dass

Regressverfahren zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern unumgänglich gemacht werden. Dem Arbeitnehmer wird mithin das Prozessrisiko in einer Vielzahl der Fälle angelastet. Eine solche Handhabung rechtfertigt sich jedoch auch unter dem Aspekt, dass der Arbeitnehmer bei einer solchen Regelung über die Maßen von der Haftung freigestellt wird, er mithin einen Haftungsvorteil erlangt. Diesen Vorteil durch das aufgebürdete Prozessrisiko zu kompensieren liegt daher nahe.

Auch bei der anteilmäßigen Haftung, also der vollständigen Enthftung des Arbeitnehmers bei leichtester und leichter Fahrlässigkeit, einer prozentualen Haftungsaufteilung im Bereich der mittleren Fahrlässigkeit und der vollen Haftung des Arbeitnehmers für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, ergeben sich keine Probleme bei der Rechtsdurchsetzung durch den Dritten. Dieser kann von der Gesamtschuldnerschaft von Arbeitnehmer und Arbeitgeber profitieren. Hingegen wird die grundsätzliche Kritik an der Komplexität dieser Regelung durch die hier vorgeschlagene Ausgestaltung nicht entkräftet. Im Gegenteil wird der Lösungsansatz durch die oben genannten Einwände an der Gesamtschuldnerhaftung nicht vereinfacht, sondern vielmehr kompliziert. Neben die Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Festlegung des Haftungsumfanges treten die Unwägbarkeiten für die Haftenden hinsichtlich der Durchsetzung der Regress- und Freistellungsansprüche.

4.3.3.2.1.3 Zwischenergebnis

Die Nachteile bei einseitigen Regress- und Freistellungsansprüchen des Arbeitnehmers liegen auf der Hand. Der Dritte könnte in der Durchsetzung seiner Haftungsquote gegen den Arbeitgeber beeinträchtigt werden. Die generellen Klägerrolle des Arbeitnehmers zieht die Gefahr der Rechtsbeeinträchtigung und der Überlastung der Gerichtssysteme nach sich.

Die Konstruktion der gegenseitigen Regress- und Freistellungsansprüche setzt sich gegen den einseitigen Zuspruch dieser Ansprüche an den Arbeitnehmer durch. Allerdings erscheint die Ausgestaltung weder im Rahmen der einfacheren Haftungsteilung, noch bei der gequotelten Haftung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelungen. Denn in beiden Fällen werden die grundsätzlichen Nachteile der Haftungsumfangsbestimmung durch die Ausgestaltung nicht aufgewogen oder gemildert. Allein der Vorteil der vorteilhaften Anspruchsdurchsetzung durch den Dritten kommt hinzu. Auf der anderen Seite muss sich auch die hier diskutierte Ausgestaltung die Kritik der Verlagerung des Insolvenzrisikos auf den Arbeitnehmer sowie der Bedrohung des Arbeitsverhältnisses gefallen lassen. Ansätze, die wiederum diese Nachteile kompensieren würden (z.B. Streitverkündung oder Konkursausfallversicherung) kreieren weitergehende Probleme und sind somit auch nicht Mittel der Wahl.

Die Ausgestaltung über allseitige Freistellungs- und Regressrechte bietet dennoch eine Reihe von Vorteilen und ist durchaus in Betracht zu ziehen um die Außenhaftung zu regeln. Sie kann als ultima ratio einer vorrangigen Regelung wie z.B. einer Versicherungspflicht zugrunde gelegt werden. Als selbstständiger, einheitlicher Regelungsansatz empfehlenswert ist diese Haftungsvariante jedoch nicht, denn die Praktikabilität ist eingeschränkt und der Rechtsvereinfachung wird kein Vorschub geleistet.

4.3.3.2.2 Schadensteilung anhand der Bestimmung einer Haftungshöchstgrenze für den Arbeitnehmer

Die Konstruktion einer Haftungshöchstgrenze kann ebenfalls zur Vereinfachung der Haftungsregelung führen. Angelehnt an die beiden zuvor dem Grunde nach beschriebenen Lösungsansätze⁴⁶⁰ könnte demnach der Anteil, für welchen der Arbeitnehmer haftet, zugunsten des Arbeitnehmers einer Haftungshöchstgrenze unterworfen werden.⁴⁶¹ Als Begründung wird der Gedanke herangezogen, der Arbeitnehmer, sofern er aufgrund der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers nur anteilig haftet, sollte nicht einer unbilligen Härte ausgesetzt werden, die letztendlich zum Ruin des Betroffenen führen könnte.⁴⁶² Es wird argumentiert, dieser Schutz des Arbeitnehmers vor der Insolvenz werde von der notwendigen Wahrung der Menschenwürde und der Freiheit der persönlichen Entfaltung diktiert.⁴⁶³

Eine pauschale Reduzierung der Arbeitnehmerhaftung muss sich allerdings entgegenhalten lassen, dass der grob fahrlässig bzw. vorsätzlich handelnde Arbeitnehmer nicht schutzwürdig ist.⁴⁶⁴ Eine Haftungsbeschränkung aus diesem Grunde ist daher nur im Rahmen der anteilmäßigen Haftung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer für mittlere Fahrlässigkeit in Erwägung zu ziehen.

Um den Schutz des Arbeitnehmers konsequent zu gewähren muss die Gesamtschuldnerschaft in diesem Falle eingeschränkt werden, denn wenn der Arbeitnehmer nach außen weiterhin das Insolvenzrisiko des Arbeitgebers trägt, ist faktisch der Schutz des Arbeitnehmers gerade nicht gegeben.

Festzuhalten bleibt, dass diese Variante der Haftungsmilderung lediglich bei der gequotelten Haftung für mittlere Fahrlässigkeit Anwendung findet, wobei gleichermaßen der Dritte nicht den Vorteil der Gesamtschuldnerschaft von Arbeitnehmer und Arbeitgeber nutzen könnte. Wird der Arbeitnehmer nämlich über eine Haftungshöchstgrenze hinaus in Anspruch genommen trägt er wieder das Insolvenzrisiko des Arbeitgebers, die Haftungsbegrenzung wird somit quasi außer Kraft gesetzt. Vorteil einer solchen Regelung wäre andererseits die Sicherung des Arbeitnehmers vor einem unberechenbar großen

⁴⁶⁰ 4.3.2.4 a.E.

⁴⁶¹ So z.B. der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Arbeitnehmerhaftung der SPD-Fraktion vom 21. August 1989, der die Freistellung des Arbeitnehmers für den Bereich der einfachen und leichten Fahrlässigkeit festschrieb, eine Schadenstragung durch den Arbeitnehmer gegenüber dem primär haftenden Arbeitgeber bis zu drei Monatsgehältern für den Fall der groben Fahrlässigkeit und eine unbeschränkte Haftung gegenüber dem Arbeitgeber bei vorsätzlicher Schädigung vorsah, Bundestagsdrucksache 13/2195, 3.

⁴⁶² *Otto*, Ist es erforderlich die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, E 66.

⁴⁶³ *Lichtenberg*, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 97.

⁴⁶⁴ *Otto*, Ist es erforderlich die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, E 66, im übrigen muss sich auch dieser Vorschlag entgegenhalten lassen, dass eine Orientierung der Haftung an den Sorgfaltspflichten so nicht vollständig stattfinden kann, mithin Grundprinzipien des Deliktsrechts unbegründet verletzt werden- so auch die Argumentation unter 4.1.3.

Schadenersatzrisiko. Ferner würde die Festsetzung eines starren Haftungsbetrages, sei es angepasst an das Monatseinkommen oder angepasst an einen Prozentsatz der Schadenssumme die Notwendigkeit der Haftungsanteilfestsetzung ersetzen.

Trotz dieser Vorteile ist eine Regelung über eine Haftungshöchstgrenze nicht vertretbar. In der Abwägung der verschiedenen Regelungsalternativen hätte die Anwendung dieser Ausgestaltung allein zur Folge, dass die Vorteile der Regelung über eine anteilige Haftung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Rahmen der normalen Fahrlässigkeit zunichte gemacht werden, denn Einzelfallgerechtigkeit ist mit einer starren Haftungsgrenze nicht mehr zu erreichen. Gegenüber der Ausgestaltung der vollen Haftung des Arbeitgebers für Fahrlässigkeit und der Haftung des Arbeitnehmers für Vorsatz bleiben dann lediglich die Nachteile des so modifizierten Regelungsansatzes bestehen. Diese Variante muss sich demnach die verstärkte Notwendigkeit richterlicher Klärung des Haftungsumfanges, sowie eine komplexe und dadurch für den Bürger nicht nachvollziehbare Regelung, entgegenhalten lassen. Zuletzt sind Argumente wie die Existenzgefährdung des Arbeitnehmers und das Bedürfnis nach sozialer Sicherung, die als Begründung für eine Haftungshöchstgrenze angeführt werden, nicht überzeugend. Im Rahmen der Außenhaftung sind sie nicht zu berücksichtigen.⁴⁶⁵ Ohne auf die Frage der genauen Haftungshöchstgrenze⁴⁶⁶ einzugehen und die hieraus folgenden Probleme hinsichtlich der gebotenen Risikozuweisung zu analysieren, kann daher davon ausgegangen werden, dass die Einführung einer Haftungshöchstgrenze nicht zu einer Verbesserung der Außenhaftungssituation führt.

4.3.3.2.3 Versicherungspflicht

Eine weitere Ausgestaltung kann die Außenhaftung über eine Versicherungspflicht finden, ähnlich, wie sie bereits in England⁴⁶⁷ praktiziert wird.⁴⁶⁸ Wird eine Versicherungspflicht vorgeschrieben, tritt die Versicherung nach außen für Schäden im Rahmen der Außenhaftung gegenüber dem Dritten ein. Eine solche Einstandspflicht besteht hierbei unabhängig von dem Grad des Verschuldens, dem ursprünglich Schadenersatzpflichtigen

⁴⁶⁵ ausführlich zu der Argumentation der Existenzgefährdung des Arbeitnehmers 3.1.7.

⁴⁶⁶ Hierzu ausführlich die Analyse *Lichtenbergs*, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 98 ff.

⁴⁶⁷ siehe 2.4.2.

⁴⁶⁸ Im europäischen Raum ist die Absicherung über ein Sicherungssystem darüber hinaus nur selten gebräuchlich, *Magnus*, European Perspectives of Tort Liability, European Review of Private Law, 1995, 437. Eine Ausnahme bildet das System der Unfallversicherungen in Europa. Diese stellen den Arbeitgeber von seiner Haftpflicht frei. Auch diese Haftpflicht beruht insbesondere auf der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für Arbeitsunfälle aufgrund des Betriebsrisikos. Auch wenn hier eine Vielfalt in der Gestaltung der Versicherungssysteme vorliegt ist der Versicherungszweck in allen Rechtsordnungen gewahrt und sichert Prävention, Rehabilitation und Entschädigung von Arbeitsunfällen; *Oetker/Preis*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht EAS, B 9139, Rz. 1-2, 10; historische Wurzeln der Versicherungspflicht finden sich bereits in frühen germanischen Rechten, in denen die Sippenhaft für einzelne Täter eintrat, genauer: *Sieg*, Haftungersetzung durch Versicherungsschutz?, ZHR 113, 104 m.w.N.

und der Höhe des Schadens. Die Versicherung tritt als akzessorische Haftungsersetzung neben die Haftungsordnung.⁴⁶⁹ Der Dritte hat nur einen Anspruchsgegner und kann gegen die Versicherung aus eigenem Recht, unter Wegfall der bürgerlich-rechtlichen Ansprüche gegenüber dem Schädiger selbst, vorgehen. Die Versicherung tritt somit für alle Schäden ein, die durch den Arbeitnehmer gegenüber dem Dritten verursacht werden.⁴⁷⁰ Nach außen besteht Rechtsklarheit⁴⁷¹ und wird gewährleistet, dass der Geschädigte Ersatz durch einen solventen Anspruchsgegner erhält, sofern sein Schadenersatzbegehren gerechtfertigt ist.⁴⁷² Ein solcher kollektiver Ausgleichsmechanismus zur Haftungsersetzung findet im gesamteuropäischen Raum zunehmend Anwendung. Dies zeigt sich in einer Häufung obligatorischer Haftpflichtversicherungen auch in anderen Bereichen.⁴⁷³ Es ist nicht genau zu bestimmen, ob tendenziell ein Rückgang der Individualhaftung zu Gunsten von Versicherungslösungen stattfindet, Versicherungssysteme haben sich jedoch bereits in anderen Rechtsgebieten praktisch bewährt.

Freilich müsste eine solche Versicherung den Ansprüchen der Außenhaftung zunächst durch die Versicherungswirtschaft angepasst werden. Hier ist auf den Markt zu vertrauen, der bei entsprechender Nachfrage das Produkt schaffen wird und sei es auf gesetzgeberischen Druck hin. Eine solche Versicherung könnte in seiner Ausgestaltung der KfZ-Haftpflichtversicherung nachgebildet werden. Der Versicherungsregress tritt nach der oben angeführten Überlegung dann ein, wenn der Arbeitnehmer vorsätzlich handelt.⁴⁷⁴ In

⁴⁶⁹ Zum Begriff der akzessorischen Haftungsersetzung: *Sieg*, Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz?, ZHR 113, 102.

⁴⁷⁰ So auch der Vorschlag durch *Seewald*, Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen, F 48, dagegen allerdings zu unrecht *Bäumler*, der Anwendungsbereich der Schadensteilung im Arbeitsverhältnis, 90, unter Berufung darauf, dass die Versicherung der Haftung folgt, nicht aber deren Lösung ist. Er erkennt hierbei, dass die Versicherungspflicht nicht die Haftungsgrundlagen ersetzt, sondern vielmehr in der Ausgestaltung zu sozial tragbaren Haftungsergebnissen führt. Anders *Meier*, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, 72, der auch eine Versicherungslösung in die Diskussion einbringt.

⁴⁷¹ *Sieg*, Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz?, ZHR 113, 104.

⁴⁷² Das Eintreten einer Versicherung kann in letzter Konsequenz die Entwicklung eines teilweise, z.B. nur für Straßenverkehrsunfälle eintretenden, verschuldensunabhängigen Systems („No fault“-System) der Entschädigungsregelung begünstigen, wie dies bereits in Neuseeland geschehen ist (genauer mit Argumenten gegen eine solche Regelung: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 687 ff.; *Immenhauser*, Der Schweizer Entwurf eines Allgemeinen Schadenersatzrechts, JbJgZ 1997, 41 ff. m.w.N.; gegen einen solchen umfassenden „verdrängenden“ Haftungsersatz auch früh schon: *Sieg*, Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz?, ZHR 113, 102). Im europäischen Raum ist dies in Großbritannien durch die Pearson Kommission diskutiert worden. Zwar erhielte nach einer solchen Deliktsregelung jeder Geschädigte einen Ersatz, unabhängig von der konkreten Schadensentstehung. Darüber hinaus wären auch die Verwaltungskosten insgesamt geringer als im bestehenden System. Dennoch wurde die Einführung aufgrund der ungerechten Bevorzugung einzelner Geschädigtengruppen durch solche begrenzten Entschädigungssysteme abgelehnt - *Shaw* in: v.Bar (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, England und Wales, 71.

⁴⁷³ *Schmidt-Salzer*, Deliktsrecht in Europa, ZEuP 1996, 255 f; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 685 ff.

⁴⁷⁴ So in Deutschland auch die Regelung der Unfallversicherungen; § 152 VVG.

allen anderen Fällen sollte der Rückgriff der Versicherung ausgeschlossen werden.

4.3.3.2.3.1 Vorteile der Versicherungslösung

Bestechend ist eine solche Regelung insbesondere im Hinblick auf die Theorie der sozialen Schadensverteilung.⁴⁷⁵ Hiernach richtet sich die Schadensverteilung nach dem Grundsatz *richesse oblige* unter anderem nach der sozialen Verantwortlichkeit, die ihren höchsten Grad bei denen erreicht die finanziell nahezu unbegrenzte Finanzkraft anbieten, sei es der Staat oder andere Organisationsformen. Hingegen ist derjenige, der als verteilungsunfähiges, weil vermögensloses, Individuum in die Haftung genommen wird nicht schadenersatzrechtlich haftbar zu machen. Verantwortlichkeit soll nur dort entstehen, wo eine ausreichende finanzielle Sicherung ein durchschnittliches Maß an sozialer Verantwortlichkeit gewährleistet. Der Gedanke der Tragfähigkeit soll daher die Versicherung von Risiken rechtfertigen.⁴⁷⁶ Bei einer Versicherung haftet ein finanzkräftiges Kollektiv der Versicherten, die über die Beiträge die Solvenz der Versicherung decken.⁴⁷⁷ Im Falle der Inanspruchnahme ist daher der Arbeitnehmer, dem die Zahlungsunfähigkeit droht, weniger verantwortlich als das Kollektiv, welches der Haftung lediglich das Interesse an geringen Beiträgen und Aufwandsminderung entgegensetzen kann.⁴⁷⁸ Diese Interessen sind indes wenig schutzwürdig und im Ergebnis auch weniger spürbar.⁴⁷⁹ Gleiches muss auch für das Insolvenzrisiko des Arbeitgebers

⁴⁷⁵ Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, 28 f; 57 f; Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 12 f, Wilburg, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1963), 371 ff; Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 140 f.; zusammenfassend: Schilcher, Theorie der sozialen Schadensverteilung, 166 ff, 222 ff; Sieg, Haftungsersatzung durch Versicherungsschutz?, ZHR 113, 117.

⁴⁷⁶ Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, 98. Die Theorie der sozialen Schadensteilung darf jedoch nicht missverstanden werden, sie befürwortet lediglich die Schadensübernahme durch solvente Einrichtung, sie beabsichtigt hingegen nicht die grundlegende Haftung außer Kraft setzen.

⁴⁷⁷ Zum Wandel der Versicherung als Sicherung spezifischer Unfallgefahren zu einer Verteilung der generellen Unfallkosten auf ein Kollektiv: Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, 255.

⁴⁷⁸ Denck, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 310; der unter kollektiven Schadensträgern allerdings nicht eine Betriebshaftpflicht versteht, sondern einen Schadensträger auf Seiten des Geschädigten, wie beispielsweise einen Sozialversicherer. Im Ergebnis kann dies aber nicht gegen die Verwendung seiner Argumentation im Rahmen der hier vorgeschlagenen Versicherungspflicht verwandt werden, denn die von Denck angeführten Bedenken gegen eine gesetzliche Haftpflichtversicherung beschränken sich zum einen auf Argumenten die sich auf rein innerdeutsche Umstände und Rechtsgegebenheiten stützen. Zum anderen ist die Interessenlage vergleichbar. Die Vorteile der von Denck propagierten Enthaltung des Arbeitnehmers gegenüber einem Kollektiv sind auf die hier vorgeschlagene Haftpflichtversicherung übertragbar. Die Unterschiede sind gering, denn sowohl hier als auch bei Denck tritt zunächst ein kollektiver Schadensträger für den Ersatz ein. Dieser steht vor der Entscheidung Regressrechte anzumelden. Im Gegensatz zu Denck werden die Beiträge jedoch hier von Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer getragen, in Dencks Ansatz hingegen von dem Geschädigten selbst. Es kann jedoch im Rahmen der Freistellungserwägungen nicht darauf ankommen, ob der in Anspruch genommene Vorsorgeträger von dem Geschädigten oder dem Schädiger abgeschlossen wurde.

⁴⁷⁹ Lorenz-Meyer, Haftungsstruktur und Minderung der Ersatzpflicht durch richterliches Ermessen, 8, 55, 56,

gelten, der zwar aufgrund der gesteigerten Liquidität eine höhere schadensersatzrechtliche Verantwortung trägt, dessen Risiko jedoch ungleich größer ist als das der Versichertengemeinschaft. Die Versicherungspflicht erscheint daher als geeignetes Instrument um Härten der Außenhaftung auszugleichen, zumal ein kollektiver Vorsorgeträger die Folgen einer Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers wesentlich besser ausgleichen kann als der Arbeitnehmer.⁴⁸⁰

Auch diese Argumentation ist erheblicher Kritik ausgesetzt. So wird, zu Recht, eingewandt, soziale Verantwortlichkeit sei kein generelles Prinzip der Schadensverteilung.⁴⁸¹ Angesichts der hier vorherrschenden Suche nach einer Lösung der Außenhaftung *de lege ferenda* kann jedoch der Gedanke zumindest Argumentationsstütze sein und im Sinne einer Begründungshilfe herangezogen werden.

Neben diesem Schutz des Geschädigten vor einer Insolvenz des Schuldners⁴⁸² verstärkt die Einführung einer Pflichtversicherung auch den primären Schutz des Dritten vor einem Schadenseintritt. Die Versicherung hat aus wirtschaftlichen Gründen ein erhöhtes Interesse an Schadensprävention. Je weniger Schäden eintreten, desto rentabler wird sich eine Versicherung des Schadensrisikos bei der Versicherungsgesellschaft gestalten. Bereits aus monetären Gründen wird der Versicherer daher darauf hinwirken die Einhaltung der gebotenen Sorgfaltspflichten zu fordern, zu kontrollieren und gegebenenfalls Verstöße durch Erhöhung der Versicherungsprämien oder den Verlust des Versicherungsschutzes zu ahnden.⁴⁸³

Die Regelung der Außenhaftung über eine Versicherung führt nicht nur zu einer Sicherung des Dritten und des versicherten Arbeitgebers, sondern auch zu einem Schutz des Arbeitnehmers, der (anteilige Haftung vorausgesetzt) im Falle eines Freistellungsanspruchs gegen den Arbeitgeber und dessen daraufhin eintretende Insolvenz, nicht der Schadensbegleichung ausgesetzt wird.⁴⁸⁴

Eine weitere Empfehlung für die Versicherbarkeit der Außenhaftung ist der Gedanke, dass

denn im Gegensatz zu der Lage bei Haftung eines Individuums für die verursachten Schäden wandelt sich der Haftpflichtprozess von einem Ausgleich zwischen Einzelnen zu einem Verfahren in dem das Interesse des Geschädigten gegen das der Versicherung steht. Für die Versicherten hingegen ist eine Haftung allein über ein gesteigertes Prämienaufkommen spürbar und nicht wie im Individualprozess im Rahmen einer vollkommenen Inanspruchnahme des Schädigers.

⁴⁸⁰ Denck, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 310; Annuß, Die Haftung des Arbeitnehmers, 47; so i.E. mit nur kurzer Begründung auch: Bleistein, Die Haftung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis, 18.

⁴⁸¹ Annuß, Die Haftung des Arbeitnehmers, 47.

⁴⁸² So auch Faure, Economic Analysis, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, 390 [106].

⁴⁸³ Faure, Economic Analysis, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, 390 [105].

⁴⁸⁴ Buchner, Berufshaftpflichtversicherung oder gesetzliche Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, RdA 1972, 165 f.

jede Risikohaftung letztendlich wirtschaftlich beherrschbar werden soll. Dies gilt vor allem für Arbeitgeber, die den Schadenseintritt nicht in der Hand halten, dennoch aber einer Haftung ausgesetzt sind. Es empfiehlt sich, diese wirtschaftlich einschneidende Haftung nur dann aufzuerlegen, wenn auch die Möglichkeit besteht dieses Risiko abzusichern.⁴⁸⁵

Dem Geschädigte ist aufgrund der Zahlungsfähigkeit der Versicherungen der Ausgleich seiner Schadenersatzansprüche sicher. Das Arbeitnehmerrisiko wird gleichzeitig überschaubar gehalten und trägt so zur Rechtssicherheit bei. Das Versicherungsmodell hat auch den Vorzug, dass im Rahmen der Arbeitsbeziehung ein Missbrauch der Haftungsandrohung durch den Arbeitgeber ausgeschlossen werden kann. Der Arbeitgeber kann die Haftung des Arbeitnehmers nicht als Druckmittel gegen den Arbeitnehmer einsetzen um ihn zu einem bestimmten Verhalten zu nötigen. Durch die Zwischenschaltung der Versicherung als Regressberechtigte wird das Arbeitsverhältnis entlastet.⁴⁸⁶ Gleiches gilt für die Beziehung des von dem Schadensfall betroffenen Unternehmens und dem Geschädigten. Aufgrund der unstreitigen Schadensregulierung durch die Versicherung bleibt auch eine eventuell bestehende Geschäftsbeziehung unbelastet.⁴⁸⁷

Entlastung erfährt darüber hinaus auch die Gerichtsbarkeit. Erfahrungen mit einem umfassenden Versicherungssystem in England zeigten, dass über 90 % der begründet geltend gemachten Deliktsansprüche außergerichtlich beigelegt werden konnten, wovon gut zwei Drittel bereits durch das erste Angebot der Versicherung befriedigt wurden.⁴⁸⁸ Die damit einhergehende Befreiung der Gerichte von Rechtsprechungsaufwand führt nicht nur für den Einzelnen zu schnellen und praktikablen Ergebnissen in einem Schadensfall,⁴⁸⁹ sondern ist auch gesamtwirtschaftlich aufgrund der frei werdenden Kapazitäten positiv zu bewerten. Im Vergleich zu der Regulierung über das Haftungsrecht wurde festgestellt, dass von dem aufgewendeten Entschädigungsbetrag im Rahmen eines Versicherungssystems 90% an den Verletzten ausgezahlt werden, während nach dem allgemeinen Haftungsrecht lediglich 55% dem Geschädigten zufließen, während der Rest von den Kosten aufgezehrt wird.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ Dies waren bereits Argumente in der Reichstagsdebatte zur Haftung und Risikoverteilung von 1871, detailliert nachgezeichnet: *Kothe*, Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko, 257.

⁴⁸⁶ *Lichtenberg*, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 203-206, *Altemann*, Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung, 114.

⁴⁸⁷ *Sieg*, Haftungersetzung durch Versicherungsschutz?, ZHR 113, 103.

⁴⁸⁸ *Shaw* in: *v.Bar* (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, England und Wales, 70 m.w.N.

⁴⁸⁹ *Sieg*, Haftungersetzung durch Versicherungsschutz?, ZHR 113, 103.

⁴⁹⁰ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 686.

4.3.3.2.3.2 Nachteile der Versicherungslösung

Der Kritik, eine solche Haftpflichtversicherung, sofern vom Arbeitgeber abzuschließen, greife in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit ein⁴⁹¹, kann begegnet werden. Zwar wird gegen eine Versicherungspflicht eingewandt, das arbeitgeberische Eigenrisiko müsse es ermöglichen dem Unternehmen die Entscheidung freizustellen, Schäden unmittelbar selbst oder mittelbar über eine Versicherung abzudecken, solange nicht überwiegende Belange der Allgemeinheit entgegenstehen.⁴⁹² Die Ausgestaltung der Haftpflichtversicherung kann jedoch in dem Maße erfolgen, dass es dem Arbeitgeber offen steht kleinere Schäden selbst zu tragen und hierdurch Beitragserhöhungen zu entgehen. Ferner könnten außergewöhnlich finanzkräftige Arbeitgeber von der Versicherungspflicht befreit werden, sofern deren Liquidität, z.B. bei staatlichen Betrieben, garantiert ist.⁴⁹³ Selbst im Rahmen einer Abschlussverpflichtung ist der Eingriff in die unternehmerische Freiheit verhältnismäßig gering, denn die Höhe der Haftpflichtversicherungsbeiträge wird sich ähnlich denen der KfZ-Haftpflichtversicherung bemessen. Auch hier kann je nach Risiko und Versicherungssumme der Beitrag den Möglichkeiten angepasst werden.⁴⁹⁴ Ferner zeigen die Erfahrungen in England, dass keine Explosion der Versicherungsbeiträge zu verzeichnen war, so dass sich die Belastung des Versicherungspflichtigen in Grenzen hält.

Weiterhin könnte eingewandt werden, die Einbindung einer Versicherung in die Regelung der Außenhaftung führe zu einer zu komplexen Regelungsstruktur.⁴⁹⁵ Die Erfahrung auf anderen Gebieten des Versicherungsrechts hat jedoch gezeigt, dass die Hinzuziehung einer Versicherung als weiteren Beteiligten durchaus handhabbar ist. Die Vorteile der Versicherung überwiegen hier die Nachteile, zumal für den Geschädigten die Handhabung seines Schadenersatzanspruches vereinfacht wird. Er steht nunmehr nur noch einem Anspruchsgegner, nämlich der Versicherung, gegenüber, so dass die Rechtsdurchsetzung vereinfacht wird.

⁴⁹¹ *Denck*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 292; *Annuß*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 45.

⁴⁹² *Lichtenberg*, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 238; *Buchner*, Berufshaftpflichtversicherung oder gesetzliche Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, RdA 1972, 163.

⁴⁹³ Für eine Versicherungspflicht nur der mittelständischen und kleinen Unternehmen bzw. Freistellung des Staates und seiner Einrichtungen von der Versicherungspflicht: *Otto*, Ist es notwendig die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?, 56. DJT, E 69; Dem Grunde nach, allerdings mit Einschränkungen, auch *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 291; angesichts der geringen finanziellen Ressourcen von kleinen und mittelständischen Unternehmen für eine Haftpflicht auch: *Becker-Schaffner*, Ist der Arbeitgeber auf Grund seiner Fürsorgepflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet?, VersR 1970, 893, 895; *Gumpert*, Wann muß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von Schadenersatzpflichten gegenüber Dritten freistellen?, BB 1955, 480, 483.

⁴⁹⁴ Allerdings ist daher die Niederlegung eines Minimalversicherungsstandards notwendig, um eine Grundsicherung zu gewährleisten.

⁴⁹⁵ *Altemann*, Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung, 114 f.; *Hanau*, Arbeitnehmerhaftung und Entscheidungsfreiheit des Richters, in: FS für Heinz Hübner, 484.

Bereits ausführlich diskutiert wurden in der Literatur die Einwände, eine Versicherungslösung führe zu einer verstärkten Geltendmachung von Schadenersatzbegehren. Schäden, die heute als Eigenschaden einkalkuliert und zur Vermeidung von Verärgerung und Sicherung des Betriebsrisikos nicht geltend gemacht werden, werden bei Bestehen einer Versicherung eher Schadensausgleich finden.⁴⁹⁶ Ferner sei die Möglichkeit der Kollusion zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegeben.⁴⁹⁷ Zuletzt werde der Präventionszweck des Schadensrechtes angegriffen.⁴⁹⁸ Keines dieser Argumente vermag indes zu überzeugen. Hinsichtlich der Zunahme der geltend gemachten Schadenersatzansprüche sei zugegeben, dass es im Innenverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber Umstände geben mag, die die Geltendmachung der Ansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer zumindest hindern.⁴⁹⁹ Das Fehlen einer Versicherung könnte durchaus dazu führen, dass unberechtigte Schadenersatzansprüche erst gar nicht erhoben werden. Allerdings führt eine Inanspruchnahme durch einen geschädigten Dritten nicht zu einer Steigerung unberechtigter Schadenersatzansprüche, denn gerade der Dritte ist schutzwürdig.⁵⁰⁰ Der Gefahr einer unberechtigten Inanspruchnahme der Versicherung von Seiten der Arbeitgeber/Arbeitnehmer kann durch Instrumente des Versicherungsrechts, wie z.B. Ausschlussstatbestände, Berücksichtigung der geltend gemachten Schadenersatzansprüche bei Bewertung der Gefahrenklasse des Unternehmens und Prämienerrhöhung begegnet werden.⁵⁰¹

Die Gefahr kollusiven Zusammenwirkens⁵⁰² ist indes nicht gegeben.⁵⁰³ Dieses könnte lediglich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Rahmen der Innenhaftung auftreten. Wird jedoch ein Dritter in das Haftungsverhältnis einbezogen, so ist unwahrscheinlich, dass alle drei, zumal häufig nicht untereinander durch Rechtsgeschäft verbundene Parteien,

⁴⁹⁶ *Buchner*, Berufshaftpflichtversicherung oder gesetzliche Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, RdA 1972, 162 f.

⁴⁹⁷ *Buchner*, Berufshaftpflichtversicherung oder gesetzliche Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, RdA 1972, 164; *Sieg*, Haftungsetzung durch Versicherungsschutz?, ZHR 113, 103; *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, 40; *Gamillscheg*, Empfiehlt es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln?, Verhandlungen zum 45. DJT, Bd. 2, G 81.

⁴⁹⁸ *Altemann*, Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung, 114; *Buchner*, Berufshaftpflichtversicherung oder gesetzliche Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, RdA 1972, 165; *Klingmüller*, Empfiehlt es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln?, Verhandlungen zum 45. DJT, Bd. 2, G 63; *Boettinger*, Überwindung der Haftpflichtversicherung, VersR 1952, 308.

⁴⁹⁹ Dies mag der Fall sein, wenn eine Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen aufgrund der Solvenz des Arbeitnehmers bereits aussichtslos erscheint oder wenn der Arbeitgeber eine Belastung des Arbeitsverhältnisses durch einen Prozess vermeiden möchte.

⁵⁰⁰ *Gitter*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, 40 f.

⁵⁰¹ *Lichtenberg*, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 208.

⁵⁰² Beispielsweise indem Arbeitnehmer und Arbeitgeber übereinkommen, den Haftungsumfang größer darzustellen, als in Wirklichkeit eingetreten.

⁵⁰³ So im Ergebnis auch: *Sieg*, Haftungsetzung durch Versicherungsschutz?, ZHR 113, 103.

übereinkommen aus der Haftungssituation Vorteil zu schlagen. Ferner ist ein kollusives Verhalten im gesamten Versicherungsbereich möglich und auch tritt auch häufig auf. Die Gefahr der betrügerischen Inanspruchnahme der Versicherung kann aber durch Überprüfungen durch die Versicherer und ein Versicherungskonzept, welches an den Schadensfall anknüpft, minimiert werden.⁵⁰⁴

Hinsichtlich des Argumentes, der Versicherungsschutz führe zu einer Einschränkung der Präventionswirkung des Schadenersatzrechtes,⁵⁰⁵ so ist auf die bereits geführte Diskussion zur generellen Entfaltung der Präventionswirkung im Schadenersatzrecht zu verweisen.⁵⁰⁶ Der Präventionszweck kann angesichts der in einem Unternehmen herrschenden sozialen Kontrolle der Mitarbeiter untereinander, von Prämienzuschläge und der Möglichkeit des begrenzten Versicherungsregresses⁵⁰⁷ nicht gegen eine Haftungsbegrenzung und viel weniger gegen einen Versicherungsschutz angeführt werden.⁵⁰⁸ Das primäre Ziel der Versicherung ist nicht, den Schädiger von der Haftung freizustellen, sondern den Geschädigten zu begünstigen.⁵⁰⁹ Selbst wenn die Präventionswirkung durch eine Versicherungslösung beeinträchtigt werden sollte und dies relevant wäre, so hat der Präventionszweck doch hinter dem Schutzbedürfnis des geschädigten Dritten zurückzutreten. Denn die Sicherung des Ersatzanspruches durch die Versicherung genießt Vorrang vor sozial-erzieherischen Erwägungen.⁵¹⁰

Soweit eingewandt wird, eine bestehende Versicherung würde die Gerichte zu einer leichtfertigen Zusprache von Schadenersatz verleiten⁵¹¹, so wird hier die Interessenvertretung durch die Versicherungen selbst, ebenso wie auch die Unabhängigkeit und Unbestechlichkeit *Justitias* unterschätzt.

Der Blick nach Großbritannien zeigt ferner, dass bedingt durch den Erfahrungsschatz der Versicherungen im Aushandeln und Abwickeln der Schadensfälle häufig verhältnismäßig geringe Ersatzbeträge ausgezahlt werden.⁵¹² Das Prinzip der Totalreparation wird dadurch untergraben. Forschungsergebnisse legen jedoch den Schluss nahe, dass bei der Vertretung

⁵⁰⁴ Lichtenberg, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 209.

⁵⁰⁵ Darauf hinweisend und für eine Anpassung der Versicherungsbeiträge zum Schadensvermeidungsaufwand plädierend: Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 110.

⁵⁰⁶ 3.2.1.

⁵⁰⁷ Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, 40; Sieg, Haftungersatzung durch Versicherungsschutz?, ZHR 113, 102 f.

⁵⁰⁸ Lichtenberg, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 211.

⁵⁰⁹ Buchner, Berufshaftpflichtversicherung oder gesetzliche Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, RdA 1972, 165.

⁵¹⁰ Lichtenberg, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 211.

⁵¹¹ Donndorf, Die Haftung des fahrlässigen Arbeitnehmers im englischen Recht, 183.

⁵¹² Shaw in: v. Bar (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, England und Wales, 70.

des Geschädigten durch einen Spezialanwalt größtenteils überdurchschnittliche Entschädigungen durchgesetzt werden.⁵¹³ Eine entsprechende Schulung der Bevölkerung, insbesondere durch umfassende Information und ein leistungsfähiges Rechtsberatungssystem könnte solche Nachteile daher kompensieren.

Zuletzt wurde eingewandt, eine Pflichtversicherungslösung bedürfe der praktischen gewerbepolizeilichen Überwachung der Einhaltung der Versicherungspflicht. Der damit verbundene Einsatz stelle einen unvermeidbaren Aufwand dar, der durch den Nutzen nicht gerechtfertigt werde.⁵¹⁴ Richtig ist dies insofern, als eine Versicherungspflicht ohne Kontrollelement eine im Großen und Ganzen unwirksame und undurchsetzbare Regelung wäre. Hinzu kommt, dass häufig Risikoausschlüsse in den Versicherungsbedingungen vereinbart werden, die den Betroffenen nicht bewusst sind⁵¹⁵, so dass eine unbewusste Unterdeckung der Risiken erfolgt. Eine Kontrolle durch unabhängige Instanzen würde auch diese Komplikation vermeiden. Die Überwachung der Versicherungsabschlüsse könnte auch über Wege erfolgen, die nicht mit einem gesonderten Aufwand verbunden sind. So könnte eine Kontrolle über die Steuerbehörden vorgenommen werden, welche im Rahmen ihrer Tätigkeit ohne weiteres auch den Versicherungsnachweis als Teil der Steuererklärung verlangen könnten. Bei verschiedenen Gesellschaftsformen wäre auch eine Koppelung der Eintragung in die jeweils bestehenden Register an einen Versicherungsnachweis zumindest als Initialmotivation des Unternehmers zu erwägen. Die genaue Art und Weise der Beaufsichtigung ist jedoch auch an die Ausgestaltung der Versicherung zu knüpfen und im Grunde davon abhängig, ob die Versicherungspflicht dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer auferlegt wird. Pauschal ist der Vorwurf der unpraktikablen Kontrolle zumindest nicht haltbar.

4.3.3.2.3.3 Ausgestaltung

Die Vorteile einer Versicherungslösung dürfen jedoch nicht darüber täuschen, dass ein Haftungskonzept dem Grunde nach weiterhin notwendig ist.

4.3.3.2.3.3.1 Haftungskonzept

Es kann nicht argumentiert werden, aufgrund der Wahl einer Versicherungspflicht, könne die Haftung grundsätzlich der einen oder anderen Partei des Arbeitsverhältnisses auferlegt werden. Die Versicherungspflicht kann nur sekundär die Ausgestaltung der Außenhaftung beeinflussen. Sie hat indes keine Auswirkung auf die primären Haftungsverhältnisse, denn es werden immer Fälle auftreten, in denen die Versicherung aus dem einen oder anderen

⁵¹³ Shaw in: v. Bar (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, England und Wales, 70.

⁵¹⁴ Denck, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 291; Altemann, Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung, 115 f., mit dem Hinweis, dass ohne Kontrollmechanismen eine reale Sicherung der Arbeitnehmer nicht gegeben ist, der Sinn der Versicherungspflicht kann demnach nur durch Kontrollen sichergestellt werden.

⁵¹⁵ Kothe, Umbruch in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung, Jura 1985, 311.

Grunde nicht eingreift, und sei es nur, weil sie entgegen aller Vorschriften nicht abgeschlossen wurde. Für diese Fälle muss daher eine vertretbare Haftungsregelung gegeben sein. Die Haftpflichtversicherung ist nur der „Schatten des Haftpflichtanspruchs“, nicht aber sein Grund.⁵¹⁶

Darüber hinaus sollte selbstverständlich sein, dass der Haftungsmaßstab an welchem der Schädiger gemessen wird von dem bestehenden Versicherungsschutz unberührt bleibt. Die Tatsache, dass eine Versicherung besteht kann nicht dazu führen, dass Haftungsumfang und –inhalt verändert werden.⁵¹⁷

Angesichts der zahlreichen unterschiedlichen Außenhaftungsmodelle⁵¹⁸, werden an dieser Stelle nur die beiden praktikabelsten Varianten auf ihre Eignung als Grundkonzeption für die Außenhaftung im Zusammenhang mit einem Versicherungsmodell analysiert.

Zum einen käme die Kombination von Enthftung, anteilsmäßiger Haftung und voller Haftung des Arbeitnehmers nach Verschuldensgrad als Haftungskonzept in Betracht. Diese hatte verglichen mit anderen Haftungsvarianten den Vorteil eine gewisse Einzelfallgerechtigkeit im Bereich der einfachen Fahrlässigkeit zu gewährleisten. Im übrigen wurde eine klare Haftungszuteilung für die Bereiche der leichtesten/leichten und groben Fahrlässigkeit vorgenommen. Die Nachteile dieser Regelung, insbesondere die Prognoseunsicherheiten für die betroffenen Parteien und eine gewisse Unübersichtlichkeit hinsichtlich des zutreffenden Haftungsumfanges, werden jedoch auch nicht durch die Versicherungslösung aufgewogen. Es besteht weiterhin die Gefahr, dass die Gerichte zur Bestimmung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Rahmen der Haftungszuweisung unterschiedliche Richtlinien anwenden. Innerhalb Europas verbleiben damit für den Rechtsanwender Unsicherheiten über den anwendbaren Haftungsmaßstabes. Die Einführung einer Versicherungspflicht, würde zwar die Häufigkeit von Gerichtsverfahren beschränken, da selten eine Klärung des Haftungsumfanges notwendig werden würde. Gerade aber in den Fällen, in denen die Versicherungspflicht praktisch nicht umgesetzt wurde, sind der Geschädigte und die Parteien des Arbeitsverhältnisses einer komplexen Haftungsregelung ausgesetzt.

Wird hingegen die volle Enthftung des Arbeitnehmers, ausgenommen die Haftung für Vorsatz, determiniert, so trägt dies zur Rechtssicherheit bei. Der einschlägige Haftungsumfang ist auch für den Laien vorhersehbar. Die Nachteile dieser Haftungsvariante liegen zum einen in der fehlenden Haftung des Arbeitnehmers für grob fahrlässig verursachte Schäden, die wünschenswert wäre. Zum anderen fehlt es an der Verknüpfung des Haftungsumfanges mit dem Verschuldensanteil bei Verursachung des Schadens, so dass Defizite bei der Einzelfallgerechtigkeit auftreten.

⁵¹⁶ *Lorenz-Meyer*, Haftungsstruktur und Minderung der Ersatzpflicht durch richterliches Ermessen, 126.

⁵¹⁷ Hierzu auch *Lorenz-Meyer*, Haftungsstruktur und Minderung der Ersatzpflicht durch richterliches Ermessen, 125 ff.

⁵¹⁸ 4.3.2.4.

Der Haftungsausfall des Arbeitnehmers im Bereich der groben Fahrlässigkeit wird durch die Versicherungspflicht kompensiert. Nach der Struktur des Schadensrechts wird zwar der Arbeitnehmer von der ihn treffenden Haftung unbegründet befreit, das Schadenersatzrecht hat jedoch immer zuerst die Entschädigung des Geschädigten zum Ziele.⁵¹⁹ Dieses Ziel wird durch den Eintritt der Versicherung erreicht. Der Geschädigte steht nicht mehr einem mittellosen Arbeitnehmer, sondern einer solventen Versicherung gegenüber. Die Fälle in denen der Arbeitgeber für den grob fahrlässig verursachten Schaden eintreten muss, sind selten und stellen einen Sonderfall dar. Wird, wie unten begründet, dem Arbeitgeber die Versicherungsabschlusspflicht auferlegt, kann es zu einem Ausfall der Versicherung auch nur nach einem Verschulden des Arbeitgebers kommen, so dass dieser in der Konsequenz auch das Risiko der Haftung für grob fahrlässig begangene Schäden tragen kann.

Das Fehlen der Einzelfallgerechtigkeit im Rahmen der Haftungszuweisung für mittlere Fahrlässigkeit wird durch eine Versicherungslösung aufgewogen. Die Übersichtlichkeit der Haftungsgrundsätze wird durch den Eintritt der Versicherung noch verstärkt, da in den meisten Fällen aufgrund des Versicherungseintritts ein Haftungsprozess vermieden wird. Ferner kommt die fehlende Einzelfallabwägung dem Geschädigten zugute, der den Haftungsumfang der Beteiligten leicht selbst absehen kann. Es sollte daher das Außenhaftungskonzept welches eine Enthftung des Arbeitnehmers außer für die Fälle des Vorsatzes vorsieht gewählt werden.

4.3.3.2.3.3.2 Haftungs- oder Schadensversicherung?

Die Vorteile der vor diesem Hintergrund bestehenden Versicherungspflicht sind nicht von der Hand zu weisen. So wird der Arbeitgebers von unvorhergesehener und nicht kalkulierter Inanspruchnahme im Schadensfall geschützt. Wie dies genau erfolgt ist von dem konkreten Versicherungstypus abhängig. Im deutschen Recht gibt es mehrere Versicherungsmodelle.

Die Schadensversicherung hat die Kompensation des versicherten Schadens zum Ziel. Die Leistung des Versicherers ist demnach bedingt und neben der Versicherungssumme begrenzt durch den Vermögensschaden, dessen Höhe sich nach einem im voraus festgelegten Versicherungswert (§ 57 VVG) richten kann. Hierbei ist der Versicherer zum einen verpflichtet, nach dem Eintritt des Versicherungsfalls dem Versicherungsnehmer den dadurch verursachten Vermögensschaden nach Maßgabe des Vertrags zu ersetzen.⁵²⁰ Zum anderen ist die Schadensversicherung dagegen auch eine Versicherung für fremde Rechnung i.S.d. §§ 74 VVG. Typisches Beispiel ist die Haftpflichtversicherung. Versichert sind daher nicht nur der Versicherungsnehmer, sondern auch dem Verträge nach bestimmte Dritte. So beispielsweise im Transportrecht bezüglich der Speditionsversicherung. Hierbei

⁵¹⁹ *Buchner*, Berufshaftpflichtversicherung oder gesetzliche Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, RdA 1972, 165.

⁵²⁰ Im deutschen Recht niedergelegt in §§ 49 ff. VVG.

ist der Spediteur zwar Versicherungsnehmer (Ziff. 10 SpV⁵²¹). Versicherte sind aber auch der Auftraggeber und jeder, der zu dem Gut, das Gegenstand des Verkehrsvertrages ist, in einer solchen rechtlichen Beziehung steht, dass er im Versicherungsfall aufgrund dieser rechtlichen Beziehung einen Nachteil erleidet.⁵²² Der Versicherte ist daher nicht notwendigerweise eine Person ist, die im Moment des Schadenseintritts einen Anspruch gegen den Spediteur erworben hätte.⁵²³ Denn Ziff. 13.3 SpV orientiert ausschließlich den Ersatz von reinen Vermögensschäden an Haftungsnormen.⁵²⁴

Bei der Summenversicherung dagegen verspricht der Versicherer, eine im voraus fixierte Geldleistung nach Eintritt des Versicherungsfalls ohne weiteres zu erbringen. Als Beispiele hierfür nennt das Gesetz in § 1 VVG die Lebensversicherung, die Unfallversicherung⁵²⁵ und andere Personenversicherungen.

Bei der Haftungsversicherung handelt es sich um eine Verkehrshaftungsversicherung die in Deutschland lediglich im Transportrecht Niederschlag gefunden hat. Diese hat die gesetzliche oder vertragliche Haftung eines Verkehrsträgers (d.h. Frachtführer, Spediteure, Paketdienste, Lagerhalter etc.) für Güter- und sonstige Vermögensschäden zum Gegenstand hat. Gemeint ist in diesem Zusammenhang die Haftung gemäß HGB und BGB, und zwar auch aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung.⁵²⁶ Die Haftungsversicherung ist nach heute unbestrittener Meinung ebenfalls eine Art der Haftpflichtversicherung.⁵²⁷ Sie ist eine Versicherung auf eigene Rechnung des Spediteurs.⁵²⁸ Der Spediteur ist hierbei nicht nur Versicherungsnehmer, sondern auch Versicherter.⁵²⁹ Die Haftungsversicherung wirkt jedoch insoweit zugunsten Dritter, als dem Geschädigten ein Direktanspruch gegen die Versicherung zusteht.⁵³⁰

Der Unterschied zwischen Schaden- und Haftungsversicherung besteht darin, dass bei der Schadenversicherung der Geschädigte versichert ist, unabhängig von einer vertraglichen Verbundenheit zum Versicherungsnehmer. Der entstandene Schaden wird dem

⁵²¹ Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen (ADSp von 1999).

⁵²² Koller, Transportrecht, Kommentar, , Ziff. 11 SpV, Rz. 2.

⁵²³ Koller, Transportrecht, Kommentar, Ziff. 11 SpV, Rz. 2.

⁵²⁴ Begünstigte sind nach Ziff. 11 SpV der Auftraggeber sowie all diejenigen, die die Gefahr für das transportierte Gut tragen oder ein in Geld schätzbares Interesse daran haben, dass das Gut die Gefahren der Reise bzw. Lagerung übersteht und eingeschaltete Verkehrsträger ihre Leistungen vertragsgemäß erfüllen. Versicherte kann demnach auch eine Bank als Sicherungseigentümerin sein.

⁵²⁵ aber nicht im Hinblick auf die Heil- oder Bestattungskosten, BGH 25, 330, VersR 73, 224.

⁵²⁶ van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht, § 17 Transportversicherung, Rz. 16.

⁵²⁷ van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht, § 17 Transportversicherung, Rz. 26.

⁵²⁸ Koller, Transportrecht, Kommentar, Ziff. 3 SpV, Rz. 1.

⁵²⁹ Ziff. 2.1. SpV, Mindestbedingungen für die Speditionsversicherung = Anhang der ADSp.

⁵³⁰ Ziff. 5.2 SpV.

Versicherungsnehmer ersetzt, der von dem Geschädigten in Anspruch genommen werden kann. Bei der Haftungsversicherung besteht hingegen ein Direktanspruch gegen die Versicherung.

Vorliegend kommt die Summenversicherung nicht in Betracht, denn aufgrund der Unvorhersehbarkeit des Schadens führt eine summenmäßige Leistung immer zu Unbilligkeiten, da eine Verknüpfung von Versicherungsleistung und Schaden nicht gegeben ist. Sofern es sich nicht um Personenschäden handelt führt eine Haftung der Summe nach notgedrungen zu Über- oder Unterdeckung des entstandenen Schadens.

Dem Grunde nach handelt es sich bei hier vorgeschlagenen Modell um eine Betriebshaftpflichtversicherung. Versichert werden die Gefahren des Betriebes hinsichtlich bestimmter Schadensereignisse. Versichert ist zunächst die Haftpflicht des Versicherungsnehmers als Betriebsinhaber, aber zusätzlich auch die persönliche Haftpflicht der Vertreter des Versicherungsnehmers sowie solcher Personen, welche er zur Leitung oder Beaufsichtigung seines Betriebs angestellt hat.⁵³¹ Versichert werden sollten jedoch auch sämtliche übrigen Betriebsangehörigen für Schäden, die sie in Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen verursachen.⁵³² Die Versicherung gilt insoweit als für fremde Rechnung genommen.⁵³³

Wird der Versicherungsnehmer in seiner Eigenschaft als Betriebsinhaber von einem Dritten in Anspruch genommen, dann fällt das behauptete Schadensereignis ohne weiteres in die Haftpflicht aus dem Betrieb und damit unter das versicherte Risiko. Hierbei sollte gleichgültig sein, ob derjenige, der den Schaden verursacht haben soll, objektiv in Ausführung dienstlicher Verrichtungen gehandelt hat oder nicht. Denn der Versicherer sollte in Anlehnung an § 150 Abs. 1 S. 2 VVG auch unbegründete Ansprüche abzuwehren haben.⁵³⁴

Ebenfalls in Anlehnung an die Betriebshaftung im deutschen Recht sollte es allerdings bei Inanspruchnahme eines mitversicherten Arbeitnehmers darauf ankommen, ob der Schaden lediglich bei Gelegenheit der dienstlichen Verrichtung verursacht wurde. Ausschlaggebend ist, ob die Schädigung eine Auswirkung der Beschäftigung in dem Betrieb ist.⁵³⁵ Nur bei Gelegenheit dienstlicher Verrichtungen verursachte Schäden fallen nicht unter die Betriebshaftpflichtversicherung. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Versicherte im Interesse des Betriebes gehandelt, d.h. Weisungen richtig befolgt hat; aber Handlungen aus Mutwillen oder tätlichen Auseinandersetzungen fallen nicht hierunter.⁵³⁶ Welche

⁵³¹ So auch das gesetzliche System der Betriebshaftpflichtversicherung, siehe § 151 VVG.

⁵³² So bereits jetzt in den von den Betriebsversicherern verwendeten Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen für Industrie, Handel und Gewerbe (BHV), BHV Nr. 2.2 - Vgl. Abdruck in *Prölss/Martin*, Versicherungsvertragsgesetz, Betriebshaftpflicht.

⁵³³ §§ 151 Abs. 2, 174 VVG.

⁵³⁴ *Prölss/Martin*, Versicherungsvertragsgesetz, § 151, Rz. 3.

⁵³⁵ *Prölss/Martin*, Versicherungsvertragsgesetz, § 151, Rz. 4; BGH VersR 1987, 1181; VersR 1988, 1283.

⁵³⁶ BGH, VersR 1973, 313; Hamburg, VersR 1982, 458; Hamburg, VersR 1991, 92; *Prölss/Martin*,

betrieblichen Risiken im einzelnen von dem Versicherungsschutz gedeckt sind, ergibt sich dann aus dem jeweiligen Versicherungsvertrag.

Im Unterschied zu der allgemeinen Betriebshaftpflichtversicherung sollte eine Haftungsersetzung durch die Versicherung stattfinden. Der Geschädigte erhält neben dem Anspruch gegen den Schädiger einen unmittelbaren Anspruch gegen die Versicherung. Die Haftungsersetzung ist umstritten. So wurde sie z.B. im Rahmen des Transportrechts abgeschafft⁵³⁷, da sie als ein Außerkraftsetzen eines zivilrechtlichen Grundprinzips, nämlich der Haftung für eigenes Fehlverhalten, angesehen wurde.⁵³⁸ Dem ist jedoch nicht zu folgen, da aufgrund des der Versicherung eingeräumten Regressrechts im Falle einer gegebenen Verschuldenshaftung⁵³⁹ dem Grundsatz Genüge getan ist. Ein solches Regressrecht ist der Versicherung im Hinblick auf die Theorie der sozialen Schadensverteilung einzuräumen.⁵⁴⁰ Im Falle der Vorsatzschädigung verlässt der Arbeitnehmer wissentlich und willentlich den sozialen Kontext der Haftung, indem er den Schaden bewusst verursacht. Er soll sich daher auch nicht auf das Kollektiv berufen können. Diese Regelung ist auch dem Dritten gegenüber vertretbar, denn durch die Inanspruchnahme der Versicherung trägt diese das Insolvenzrisiko des Arbeitnehmers. Auch hier ist das Kollektiv weniger schützenswert als der Geschädigte, der bereits eine Einbuße erlitt.

Das hier gewählte Versicherungsmodell entspricht daher dem Grunde nach der Schadensversicherung, mit der Besonderheit der Haftungsersetzung durch die Versicherung, wobei die Versicherung im Falle der gegebenen Primärhaftung des Arbeitnehmers für Vorsatz bei diesem Regress nehmen kann.

Diese Versicherungsregelung bietet sowohl dem Arbeitnehmer, als auch dem Geschädigten

Versicherungsvertragsgesetz, § 151, Rz. 4.

⁵³⁷ So ist eine Haftungsersetzung durch eine Versicherung in den ADSp 1999 anders als noch in den ADSp 1993 (§ 41 lit. A) nicht mehr vorgesehen. Vielmehr enthält die heutige Regelung eine zwingende Spediteurhaftung. Den Spediteur trifft nunmehr eine verschuldensunabhängige Obhutshaftung (§ 461 HGB). An die Stelle der Haftungsersetzung durch die Versicherung tritt nunmehr die Pflicht des Spediteurs zum Abschluss einer „Haftungsversicherung“. Eine Freistellung des Spediteurs erfolgt demnach nach der Neuregelung nicht mehr.

⁵³⁸ *Bydlinski*, in: Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, Aktualisierungsband zum Transportrecht, vor Ziff. 1 ADSp, Rz. 5.

⁵³⁹ nach den vorgelegten Haftungsgrundlagen also bei vorsätzlichen Schädigungen.

⁵⁴⁰ Ähnlich bereits im Rahmen der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung, § 15 Abs. 2 AKB (Bundesanzeiger Nr. 152 [August 1988], 3658 ff.) mit der Beschränkung des Regressrechts auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Aufgrund des leerlaufenden Schutzes von Arbeitnehmern im Falle eines unbeschränkten Regressrechtes der Versicherungen für eine gesetzliche Beschränkung der Regressrechte von Versicherungen auch: *Sommer*, Arbeitnehmerhaftung und Koskovversicherung, NZA 1990, 838; auf eine nicht gerechtfertigte Freistellung der Versicherung im Falle des Regresses verweisend: *Donndorf*, Die Haftung des fahrlässigen Arbeitnehmers im englischen Recht, 185, im britischen Rechtskreis wird eingewandt die Versicherung ziehe in diesem Falle Versicherungsprämien für ein Risiko, das der Arbeitnehmer zu tragen habe, von dem Arbeitgeber ein.

Schutz. Der Arbeitnehmer profitiert, sofern er den Ansprüchen an eine sorgfältige Durchführung seiner Tätigkeiten genügt und somit nicht dem Regress einer Versicherung ausgesetzt ist, indem er nicht für den Schaden aufzukommen hat. Der Geschädigte wiederum kann darauf vertrauen, dass sein Schaden von der Versicherung beglichen wird und er garantiert Ersatz erhält.⁵⁴¹ Die Anforderungen an das Haftungsrecht können so in sozial gerechter Weise erfüllt werden.

Die Praktikabilität eines Versicherungsmodells kohäriert auch mit dem Deckungsumfang der Versicherung. Wird vom Normgeber eine Mindestdeckungssumme vorgegeben, so besteht die Gefahr, dass für einen über die Deckungssumme hinausgehenden Schaden selbst gehaftet werden muss.⁵⁴² Bei der Ausgestaltung der Versicherungspflicht ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass die Masse der Haftungsfälle im Rahmen der Mindestdeckungssumme liegt. Die bis zum heutigen Tage mit der freiwilligen Betriebshaftpflichtversicherung gesammelten Ergebnisse sollten hierbei Eingang finden.

4.3.3.2.3.3.3 Versicherungsparameter

Um einer Explosion der Versicherungsbeiträge vorzubeugen, sollte ein System der Beitragsberechnung eingeführt werden, welches die Gefahrgeneigtheit der in einem Unternehmen durchgeführten Arbeiten, die Anzahl der möglichen Schadensverursacher, und die Häufigkeit von Haftungsfällen berücksichtigt. So kann eine adäquate Anpassung der Beiträge an das individuelle Betriebsrisiko erfolgen.

Zu diskutieren ist ferner, ob eine Versicherung durch den Arbeitnehmer oder den Arbeitgeber abzuschließen sein sollte. Folgt man den zuvor festgelegten Prämissen, dass der Versicherungsbeitrag sich auch nach der Schadensgeneigtheit der Tätigkeit des Arbeitnehmers und nach dem individuellen Risiko richten sollte, so lässt sich dieses Risiko angesichts der Mannigfaltigkeit von Branchen, Betrieben und Tätigkeiten nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand für jeden einzelnen Arbeitnehmer festlegen. Als Kalkulationsgrundlage bietet sich daher nur der Betrieb an sich an, dessen Risiko im Einzelfall für alle Arbeitnehmer zu bestimmen ist.⁵⁴³ Das Risiko mag zwar innerhalb eines Betriebes zwischen den Arbeitnehmern unterschiedlich verteilt sein, sei es, dass die Buchhaltung einem geringeren Risiko der Haftung ausgesetzt ist, als der manuell im Außenverhältnis tätige Arbeiter. Dies kann jedoch in der Konsequenz nicht dazu führen, den Arbeiter eine andere Haftpflichtversicherung aufzuerlegen als der Buchhaltung. Denn für den Erfolg eines Betriebes ist die gemeinsame Zusammenarbeit aller Arbeitnehmer ausschlaggebend. Dem einen daher eine größere Versicherungslast aufzubürden als dem anderen würde auch den Betriebsfrieden stören. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass

⁵⁴¹ *Beckers*, die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 176.

⁵⁴² *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 292.

⁵⁴³ *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 293; *Lichtenberg*, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 203; *Bokelmann*, Die Haftung des Arbeitnehmers- Schadensausgleich oder (notwendige) Erziehungsmaßnahme?, ZRP 1972, 286.

vornehmlich die niedrig vergüteten Lohngruppen ein größeres Risiko tragen als die höher vergüteten, wie z.B. leitende Angestellte. Dem einzelnen Arbeitnehmer eine Versicherungspflicht aufzuerlegen ist daher nicht empfehlenswert.⁵⁴⁴ Ausschlaggebend für das Risiko des Einzelnen ist die Einbettung seiner Arbeit in die konkreten betrieblichen Abläufe. Das ausschlaggebende Risiko ist ein Betriebsrisiko, nicht etwa ein Arbeitnehmersrisiko.

Die Versicherung des Haftungsrisikos über den Arbeitgeber würde verhindern, dass dem Arbeitnehmer als dem wirtschaftlich Schwächeren der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung aufgebürdet würde. Der Arbeitgeber hingegen kann die Versicherungskosten aufgrund der Vielzahl von Arbeitnehmern und Gruppenrabatten geringer halten als der einzelne Arbeitnehmer und zum anderen die Prämien bei den Betriebskosten einkalkulieren.⁵⁴⁵ Es wird vertreten die Zahlung des Versicherungsbeitrages jeweils zur Hälfte dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer zu übertragen. Dies sei für alle Parteien des Arbeitsverhältnisses kalkulierbar, nachzuvollziehen und ergäbe eine Risikoverteilung, die im Ergebnis einer geteilten Schadenshaftung gleich komme.⁵⁴⁶ Gerade dem Präventionszweck sei bei entsprechender Ausgestaltung der Versicherungsbeiträge, z.B. Schadensfreiheitsrabatte oder Selbstbeteiligungsbeiträge gedient.⁵⁴⁷ Dem ist jedoch nicht zu folgen. Eine Teilung der Beitragspflicht erhöht lediglich den administrativen Aufwand. Denn die Lohnkalkulation des Arbeitgebers wird durch eine Verlagerung der Beitragszahlungspflicht auf den Arbeitnehmer nicht wesentlich geändert. Die Kosten der Versicherung sind Kosten des Betriebes, die der Arbeitgeber bei der Einstellung von Arbeitnehmern in seine Lohnkalkulation mit aufnimmt. Es bleibt sich daher gleich, ob ein monatlicher Versicherungsbeitrag vom Arbeitnehmer nach Erhalt seiner Bezüge erbracht wird oder ob seine Bezüge bereits aufgrund des vorgenommenen Abzugs gemindert worden sind. Dem Arbeitgeber ist der Abschluss einer Versicherung auch zuzumuten, denn die Prämien sind für ihn im Rahmen seiner Kostenberechnung einkalkulierbar.⁵⁴⁸ Das Auftreten haftungs- und versicherungsrechtlicher Probleme ist ebenfalls seltener, wenn der Arbeitgeber Versicherungsnehmer ist und der Arbeitnehmer lediglich mitversicherte Person.⁵⁴⁹ Die Versicherung ist daher durch den Arbeitgeber abzuschließen.⁵⁵⁰

⁵⁴⁴ so auch *Altemann*, Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung, 115, mit Berufung auf die notwendigen Inhaltskontrollen und bürokratischen Überprüfungen.

⁵⁴⁵ *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 293.

⁵⁴⁶ *Altemann*, Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung, 114; *Buchner*, Berufshaftpflichtversicherung oder gesetzliche Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, RdA 1972, 165.

⁵⁴⁷ *Denck*, Außenhaftung des Arbeitnehmers und Kaskoversicherungsschutz, BB 1986, 1571; *Buchner*, Berufshaftpflichtversicherung oder gesetzliche Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, RdA 1972, 165.

⁵⁴⁸ *Otto*, Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht, RdA 1978, 262.

⁵⁴⁹ *Drewitz*, Der Grundsatz: Die Versicherung folgt der Haftung, 206 mit ausführlicher Analyse anderer Versicherungskonzepte und Begründung dagegen *Drewitz*, aaO, 207 ff.

⁵⁵⁰ *Sieg*, Versicherungsfragen zur Haftung von Arbeitnehmern und Organwaltern gegenüber den

Folge einer Versicherung über den Arbeitgeber ist allerdings auch, dass die Kosten für eine Deckung der Versicherung über die Kalkulation der Betriebskosten von dem Unternehmer auf den Kunden abgewälzt werden. In letzter Konsequenz trägt daher die Allgemeinheit der Verbraucher die Belastung.⁵⁵¹ Es stellt sich mithin die Frage, ob diese Verteilung der finanziellen Absicherung des Haftungsrisikos dem Schadenersatzrecht noch gerecht wird. Die Allgemeinheit profitiert indes von der Versicherungspflicht und der durch die vorliegende Regelung erwirkten Beschränkung des Insolvenzrisikos. Denn die Geschädigten, ebenfalls Verbraucher, können auf die Begleichung ihrer Schäden vertrauen. Zuletzt besteht im Versicherungsfall für den Versicherungsgeber auch die Möglichkeit im Rahmen der allgemeinen Haftungsregelungen, hier vorgeschlagen also im Falle der vorsätzlichen Schädigung, von dem Verursacher Regress zu nehmen. Bei der Kalkulation der Versicherungsbeiträge fließen diese Erwägungen mit ein, so dass die Allgemeinheit lediglich die Fahrlässigkeitsschäden und Insolvenzrisiken des Schädigers im Falle einer vorsätzlich verursachten Verletzung trägt. Auch bei anderen Versicherungen, wie der Kraftfahrzeughaftpflicht, wird letzten Endes nicht an dem Sinn der so vorgenommenen Verteilung der Belastung gezweifelt.

Sowohl im Rahmen der Beitragspflicht, als auch bezüglich der Beitragsbemessung kann auf die Erfahrungen mit der deutschen gesetzlichen Arbeitsunfallversicherung⁵⁵² zurückgegriffen werden. Parallel zu den hier dargestellten Regelungsansätzen sieht auch die Arbeitsunfallversicherung die Beitragszahlungspflicht durch die Unternehmer vor.⁵⁵³ Hinsichtlich der Bemessungsgrundlagen wurde hier sowohl auf den erforderlichen Finanzbedarf (Umlagesoll), die Arbeitsentgelte der Versicherten bzw. Anzahl der Beschäftigten und die Gefahrklassen abgestellt.⁵⁵⁴ So oder ähnlich versichern auch die meisten der europäischen Sozialversicherungssysteme gegen Arbeitsunfälle.⁵⁵⁵

Geschäftspartnern ihres Unternehmens, BB 1996, 73; im Ergebnis so auch: *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rz. 310 im Rahmen der Erwägungen effizienter Risikoallokation; differenzierend die Versicherungspflicht nur für größere Unternehmen bejahend: *Gamillscheg/Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 113 f.; zusammenfassend allerdings im Ergebnis ablehnend: *Sögiütli*, Die Haftung des Arbeitnehmers bei der gefahrgeneigten Arbeit, insbesondere Dritten gegenüber, 48 f; das BAG für den Bereich der KfZ-Versicherungen: 8. Senat, Entscheidung vom 24. November 1987, Az.: 8 AZR 66/82, 8 AZR 332/82, 8 AZR 524/82, 8 AZR 590/82; BB 1988, 1604 ff. Näher dazu: *Wohlgemuth*, Die Arbeitnehmerhaftung im Wandel, DB 1991, 912; *Arens*, Haftung des Arbeitnehmers, BB, 1988, 1598.

⁵⁵¹ Ähnliche Abwägungen zu Lasten der durch die schärferen Haftungsregelungen begünstigte Allgemeinheit auch durch die Kommission im Rahmen Diskussion der Haftung der Dienstleistungen, BT-Drucksache 12/180, S. 6 VI; *Frietsch*, Der europäische Vorschlag einer Haftung für Dienstleistungen, DB 1992, 935; allgemein zur Diskussion über die Haftungsregelung im Rahmen der Dienstleistungsrichtlinie: *Gaidzik*, Der EG-Richtlinienentwurf über die Haftung bei Dienstleistungen, JR 1992, 323. Das Projekt einer einheitlichen Dienstleistungshaftung wurde jedoch eingestellt.

⁵⁵² SGB VII; zusammenfassend: *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rz. 575 ff.

⁵⁵³ § 150 SGB VII.

⁵⁵⁴ § 153 SGB VII ff.

⁵⁵⁵ Zumeist besteht ein obligatorisches Sozialversicherungssystem für Arbeitnehmer, welches das Risiko des Arbeitsunfalls abdeckt. Ausnahmen sind hierbei Griechenland, Portugal und das Vereinigte Königreich.

4.3.3.2.3.4 Zusammenfassung

Die Außenhaftung des Arbeitnehmers sollte im Rahmen einer Betriebshaftpflichtversicherung abgesichert werden. Die Versicherung tritt gegenüber dem Dritten für Schäden im Rahmen der Außenhaftung ein. Die Einstandspflicht besteht unabhängig von dem Grad des Verschuldens, dem ursprünglich Schadenersatzpflichtigen und der Höhe des Schadens. Ein Regressrecht der Versicherung besteht nur für den Fall vorsätzlicher Handlungen des Arbeitnehmers gegen den Dritten.

Grundlage der Versicherungsregelung sollte eine möglichst einfache Gestaltung der Außenhaftung sein. Demnach ist eine Außenhaftung zugrunde zu legen, nach der der Arbeitgeber für alle Stufen der Fahrlässigkeit, der Arbeitnehmer nur für Vorsatz haftet. Dies führt zu einer Zweispurigkeit der Haftung⁵⁵⁶, die einerseits dem Schuldprinzip und Präventionsgedanken Rechnung trägt, andererseits einen umfassenden Schutz aller Beteiligten gewährleistet.

Die Kontrolle des Versicherungsabschlusses sollte über simple Mechanismen, z.B. im Rahmen der steuerlichen Prüfung eines Betriebes, erfolgen. Ein Kontrollmechanismus ist jedoch in jedem Fall notwendig, unabhängig von der konkreten Ausgestaltung.

Es ist eine Mindestversicherungssumme festzusetzen. Allerdings sollten große Unternehmen von der Versicherungspflicht befreit werden, sofern Liquidität und Zahlungsfähigkeit garantiert sind.

Die Versicherungsbeiträge sollten sich an der Gefahrgeneigtheit der in einem Unternehmen durchgeführten Arbeiten und der Häufigkeit von Haftungsfällen richten und so das individuelle Risiko eines Betriebes berücksichtigen. Dem Arbeitgeber sollte freigestellt werden für geringe Schäden selbst aufzukommen und dadurch einer Erhöhung seiner Beiträge entgegenzutreten.

Die Versicherung sollte durch den Arbeitgeber abgeschlossen werden. Er führt die Beiträge ab, ihm obliegt demnach die Versicherungsabschlussverpflichtung.

4.3.3.2.4 Ausgestaltung über Konkursausfallgeld/Insolvenzgeld

In der deutschen Literatur wurde häufig die Absicherung des Arbeitnehmers für die

Griechenland führt hierzu kein Versicherungssystem. Die Risiken werden zumeist von der Krankheits-, Hinterbliebenen- und Invaliditätsversicherung gedeckt. In Portugal wurde eine durch Arbeitgeberbeiträge finanzierte private Pflichtversicherung eingerichtet, während in Großbritannien ein staatliches beitragsunabhängiges, steuerfinanziertes Leistungssystem besteht- siehe im Detail: MISSOC, Gegenseitiges Informationssystem der sozialen Sicherheit in den Mitgliedsstaaten der EU und des EWR: http://europa.eu.int/comm/employment_social/missoc2001/missoc_164_de.htm, mit weiterführenden Hinweisen.

⁵⁵⁶ Zum sog. Kombinationssystem, welches zunehmend auch in den nationalen Rechten positiv bewertet wird: *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rz. 763 ff.

Außenhaftung im Rahmen des Konkursausfallgeldes favorisiert.⁵⁵⁷ Demzufolge haftet der Arbeitnehmer im Außenverhältnis als Gesamtschuldner mit dem Arbeitgeber. Er hat jedoch einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber in dessen Haftungsumfang. Um den Arbeitnehmer vor dem Konkursrisiko des Arbeitgebers zu schützen wird dieser Freistellungsanspruch durch eine Ausfallgarantie abgesichert.⁵⁵⁸

Vorteil der Aufnahme der Arbeitnehmernaußenhaftung in den Bereich der Insolvenzgarantie ist ein bereits bestehendes europäisches Sicherungssystem, welches sämtliche Mitgliedsstaaten der EU aufgrund der Richtlinie des Rates vom 20.10.1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers⁵⁵⁹ eingerichtet haben. Die Mitgliedsstaaten wurden durch die Richtlinie dazu verpflichtet Garantieeinrichtungen zu schaffen, um die Befriedigung nicht erfüllter Ansprüche der Arbeitnehmer sicherzustellen. Allerdings steht es den Mitgliedsstaaten hierbei frei unter verschiedenen Zeitpunkten für die Festlegung des insolvenzgeschützten Zeitraums zu wählen, ebenso wie auch die Ausgestaltungen der Garantieeinrichtungen im Ermessen der Mitgliedsstaaten liegen.⁵⁶⁰ Allein durch die hiermit verbundenen unterschiedlichen Regelungen in jedem Mitgliedsstaat wird die einheitliche Ausgestaltung der Außenhaftungssicherung erschwert. Wie auch immer die einzelnen Mitgliedsstaaten ihre Garantieinstitution eingerichtet haben, jedes Land wird Eingriffe in diese Insolvenzversicherungssysteme vornehmen müssen. Absehbar ist dadurch eine Gefährdung der Einheitlichkeit der Ausgestaltung und die Entstehung von neuen rechtlichen Fallstricken.

Für die Diskussion, die sich bezüglich des Gebrauchs der Insolvenzversicherung im Rahmen der Außenhaftungsfrage ergibt, soll beispielhaft die deutsche Ausgestaltung des Insolvenzgeldes herangezogen werden.

Der Aufnahme des Freistellungsanspruches des Arbeitnehmers in den Bereich des Konkursausfallgeldes werden verschiedene Vorteile zugeschrieben. Rechts- und sozialpolitisch sei eine solche Lösung vertretbar, denn Sinn und Zweck des

⁵⁵⁷ Z.B. *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 318 ff., *Lichtenberg*, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 239 ff., *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 185 ff; *Otten*, Rechtsstellung des Arbeitnehmers bei Beschädigung von Dritteigentum, DB 1997, 1618.

⁵⁵⁸ So z.B. im österreichischen Recht, *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 185. Grundsätzlich zum Konkursausfallgeld: *Bubeck/Schneider*, Arbeitsförderungsrecht, 232 ff; *Strasser*, Vorfinanzierung des Konkursausfallgeldes, 10 ff; *Weber*, Konkursausfallgeld und Übergang von Lohnansprüchen, in: Brennpunkte des Arbeitsrechts, Thesen und Ergebnisse der 3. Arbeitsrechtlichen Jahrestagung vom November 1991, 207 ff.

⁵⁵⁹ RL 80/987/EWG – Amtsbl. Der EG Nr. L 283 vom 28.10.1980 S 23 zuletzt geändert durch die Beitrittsakte 1994 vom 24.6.1994 in der Fassung des Beschlusses 95/1/EG, Euratom, EGKS des Rates vom 1.1.1995, Amtsbl. Der EG Nr. L 1 vom 1.1.1995 S.1 berichtigt im Amtsbl. der EG Nr. C 368 vom 6.12.1996 S. 18.

⁵⁶⁰ Hierzu und zu den Vorgaben des EuGH betreffend den Schutz des Arbeitnehmers durch Konkursausfallgeld: *Krause*, Europarechtliche Vorgaben für das Konkursausfallgeld, ZIP 1998, 56 ff; *Scheik*, Europäisches Arbeitsrecht, 162.

Insolvenzgeldes sei es, den Arbeitnehmer gegen das Risiko des Lohnausfalls bei Konkurs zu schützen. Da auch im Falle einer Insolvenz der Freistellungsanspruch ins Leere laufe, sei auch hier die Interessenlage vergleichbar.⁵⁶¹ Der Arbeitnehmer sei schutzwürdig.⁵⁶² Für diesen Schutz habe der Arbeitgeber einzustehen, da ein Konkurs in seinen Verantwortungsbereich falle.

Angeführt wird ferner, dass bei einer Kalkulation der Aufwendungen geringere Beiträge der Arbeitgeber geleistet werden müssten, als dies beispielsweise bei einer Betriebshaftpflichtversicherung der Fall wäre.⁵⁶³ Selbst wenn die Zahlen hierzu nicht mehr aktuell sein dürften, ist aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung und Zielrichtung von Konkursausfallgeld und Betriebshaftpflichtversicherung mit einem höheren Arbeitgeberbeitrag im Rahmen einer Versicherung zu rechnen. Dies kann jedoch nicht als Argument für das Konkursausfallgeld angeführt werden. Im Gegensatz zum Konkursausfallgeld, das allein den Arbeitnehmer und Dritte im Falle einer Arbeitgeberinsolvenz schützt, tritt die Versicherung für jeden Schadensfall ein und kann so eventuell einem Konkurs vorbeugen. Die häufigere Inanspruchnahme der Versicherung hat dementsprechend auch eine höhere finanzielle Belastung der Versicherungspflichtigen zur Folge. Da das Konkursausfallgeld nicht die gleiche Leistung erbringt, kann daher die absolut gesehen geringere Beitragslast nicht für das System vorgebracht werden.

Vorteilhaft ist weiterhin, wie auch bei der Betriebshaftpflichtversicherung, das Eintreten eines Kollektivs für die Haftung und die damit einhergehende Risikoverteilung, wenn auch im begrenzten Rahmen. Das Konkursausfallgeld war materiellrechtlich als eine eigenständige Sozialversicherung anzusehen, ebenso wie das auf EU-Recht basierende Insolvenzgeld.⁵⁶⁴ Die Konkursausfallgarantielösung kann sich daher mit denselben Argumenten schmücken, wie der versicherungsrechtliche Lösungsvorschlag. Die Kollektivierung der Arbeitgeberinteressen erfolgt lediglich über eine andere Fondskonstruktion.

Es bleibt somit festzuhalten, dass die Lösung der Außenhaftungsproblematik durch Einbeziehung des Freistellungsanspruchs des Arbeitnehmers in den Anwendungsbereich des Insolvenzgeldes hinsichtlich des Risikoverteilung befriedigt. Denn zwischen

⁵⁶¹ Diese Schutzwürdigkeit bestehe auch abgesehen von der Tatsache, dass Hintergrund des Insolvenzgeldes auch ist, die Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers zu sichern, denn dieser ist aufgrund des Arbeitsvertrages zur Arbeitsleistung verpflichtet, die Entlohnung erfolgt jedoch zumeist am Ende eines fest bestimmten Zeitraumes (Monat/Woche). Der Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers beruhe hingegen nicht auf einer entsprechenden Vorleistung. Allerdings sei das allgemein bestehende Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers gegeben, so dass allein auf die Vorleistungspflicht nicht abgestellt werden könne: *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 186.

⁵⁶² *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 319; *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 186.

⁵⁶³ *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 188 m.w.N.; *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 320.

⁵⁶⁴ *Estelmann*, in: Hennig (Hrsg.), SGB III, Vor §§ 183-189, Rz. 13 m.w.N.

Arbeitnehmer und Arbeitgeber gelten im Innenverhältnis die allgemeinen Haftungsregelungen, ohne dass der Arbeitnehmer durch die Inanspruchnahme durch den Dritten in Gefahr gerät auch für den Arbeitgeberanteil haften zu müssen.⁵⁶⁵ Dies entspricht dem Sinn und Zweck des Konkursausfallgeldes, nämlich der Sicherung des Arbeitnehmers vor Schäden bei Insolvenz des Unternehmens.⁵⁶⁶ Die durch den Rückgriff auf das Insolvenzgeld erfolgende Risikominimierung für den Arbeitnehmer hat zur Folge, dass ein Haftungsmodell, wie die gequotelte Haftung⁵⁶⁷, zumindest ohne erhöhte Risiken⁵⁶⁸ für den Arbeitnehmer Anwendung finden könnte. Gleiches gilt für die vorzugswürdigere Zweiteilung der Haftung. Die Außenhaftung kann somit dem Schädiger zugewiesen werden.

Dennoch erscheint die Versicherungslösung in diesem Zusammenhang aufgrund der restlosen Absicherung des Geschädigten vorzugswürdig. Sofern nämlich der Arbeitnehmer vorsätzlich handelt, kann er gegenüber dem Arbeitgeber keinen Freistellungsanspruch geltend machen. Gleiches gilt natürlich bei Konkurs des Arbeitgebers. Nach dem vorgeschlagenen Modell kann der Dritte auch keine direkte Befriedigung aus dem Konkursausfallgeld suchen, da dieses allein dem Schutz des Arbeitnehmers dient, der Dritte mithin nicht in den Schutzbereich fällt. Eine Einbeziehung des Dritten in den Schutz des Insolvenzgeldes bietet sich hingegen nicht an, da dies dem Sicherungszweck der Garantieeinrichtungen widerspricht. Ferner würde eine solche Handhabung zu einer Benachteiligung der Arbeitgeber führen, die allein für den Beitrag des Konkursausfallgeldes aufzukommen haben.⁵⁶⁹

Anders als bei einer Betriebshaftpflichtversicherung erfolgt bei der Einbeziehung der Außenhaftungsfreistellungsansprüche in den Anwendungsbereich des Konkursausfallgeldes keine Einteilung der Arbeitgeberbetriebe in risikoreiche und risikoarme. Begründet wird dies in Deutschland damit, dass aufgrund der Wirtschaftslage strukturell belastete Betriebszweige, die ein erhöhtes Insolvenzrisiko tragen, nicht zusätzlich mit erhöhten Beiträgen belastet werden sollen.⁵⁷⁰ Eine einheitliche Beurteilung der Betriebe hinsichtlich der Beitragslast ist im Rahmen der Außenhaftungssicherung nicht vertretbar. Der Konkurs aufgrund einer Drittschädigung und die globalwirtschaftliche Konjunkturlage stehen nicht in direktem Zusammenhang.⁵⁷¹ Die Argumentation passt daher nicht auf die Situation des Ersatzes des Freistellungsanspruches. Dennoch wird die einheitliche Beitragsbelastung mit dem Gedanken gerechtfertigt, eine schlechte

⁵⁶⁵ *Lichtenberg*, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, 239.

⁵⁶⁶ *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 318.

⁵⁶⁷ Mit teilweiser Enthftung des Arbeitnehmers für leichte Fahrlässigkeit, Teilung der Haftung bei normaler Fahrlässigkeit und voller Haftung des Arbeitnehmers für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.

⁵⁶⁸ Wie in 4.3.3.2.1.2 beschrieben.

⁵⁶⁹ §§ 358, 361, 362 SGB III.

⁵⁷⁰ *Kröner*, Zum Gesetz über Konkursausfallgeld, BarbBl. 1974, 448.

⁵⁷¹ *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 320.

wirtschaftliche Lage trage immer dazu bei, dass die Außenhaftung zu einer Gefährdung eines Betriebes werde. Indes kann eine solche schlechte wirtschaftliche Lage auch aus anderen Gründen, wie z.B. Misswirtschaft, entstehen.⁵⁷² Es ist nicht nachzuvollziehen, weshalb solche selbstverursachten Risiken von der Allgemeinheit der Arbeitgeber getragen werden sollten. Eine Übertragung der Individualrisiken auf das Kollektiv führt zu einer Diskriminierung solcher Unternehmen, die ihre Risiken gering halten. Das in diesem Zusammenhang häufig gebrauchte Kostenargument,⁵⁷³ greift nicht. Die Begründung der „einfachen“ Beitragserhebung mit dem andernfalls erhöhten Verwaltungsaufwand, der bei einer individuellen Beitragskategorisierung notwendig ist, wird durch den bereits betriebenen Verwaltungsaufwand ad absurdum geführt. Bedenkt man, dass in Deutschland das Konkursausfallgeld von den Arbeitgebern durch die Betriebsgenossenschaften eingetrieben wird, von diesen an die Unfallversicherungsträger weitergeleitet wird und die Unfallversicherungsträger nachträglich der Bundesanstalt für Arbeit die Aufwendungen für das von dieser erbrachten Insolvenzgeld erstattet wird,⁵⁷⁴ so liegt hierin bereits ein erheblicher Verwaltungsaufwand begründet. Es ist nicht nachzuvollziehen, weshalb eine 4-stufige Verwaltung des Arbeitgeberanteils am Insolvenzgeld möglich ist, jedoch aus Gerechtigkeitserwägungen heraus das Verfahren nicht sollte modifiziert werden können. Lediglich eine Risikokalkulation, ähnlich den von der freien Versicherungswirtschaft getätigten Berechnungen bei der Einziehung der Beiträge, müsste zugrunde gelegt werden.

4.3.3.3 *Zwischenergebnis zur Ausgestaltung der anteiligen Arbeitnehmerhaftung*

Es bietet sich eine Zweiteilung der Haftung bei gleichzeitiger Versicherungspflicht für die Außenhaftung des Arbeitnehmers an. Zwei Haftungsmodelle standen zunächst zur Auswahl. Zum einen eine Dreiteilung der Haftung, zum anderen eine Zweiteilung.⁵⁷⁵ Die Abwägungen im Rahmen der verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten haben ergeben, dass sich die Zweiteilung der Haftung aufgrund der Einfachheit ihrer Konstruktion und der Übersichtlichkeit des Regelungsinhaltes durchsetzt. Die Nachteile einer Haftungszweiteilung, allem voran ein Verlust an Haftungsgerechtigkeit im Bereich der mittleren und groben Fahrlässigkeit, konnten durch eine abgewogene Ausgestaltung einer Haftpflichtversicherungspflicht ausgeglichen werden.

Nicht durchsetzten konnte sich hingegen die Ausgestaltung über Regressrechte und Haftungshöchstgrenzen. Sowohl die einseitige Zuweisung von Regressrechten an Arbeitnehmer, als auch die Konstruktion gegenseitiger Regress- bzw. Freistellungsansprüche scheiterten. Ersteres aufgrund der Verkürzung des Rechtsschutzes

⁵⁷² Das Problem erkennend auch: *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 187.

⁵⁷³ *Denck*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, 320; *Beckers*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 187 f.

⁵⁷⁴ §§ 358, 359, 360 I SGB III.

⁵⁷⁵ 4.3.2.4.

Dritter. Der bei der mit dem Konzept verbundenen Inanspruchnahme nur eines Schuldners im Gegensatz zum Schutz des Geschädigten bei anderen Ausgestaltungen der Haftung eingeschränkt war.⁵⁷⁶ Das gegenseitige Regress- bzw. Freistellungsrecht von Arbeitgeber und Arbeitnehmer stärkte zwar den Schutz des Geschädigten durch eine nach außen bestehende Gesamtschuldnerschaft beider. Die grundsätzlichen Nachteile der Haftungsteilung wurden durch diese Ausgestaltung jedoch nicht behoben. Es mangelte der Regelung an Praktikabilität und Übersichtlichkeit. Zudem verlagerte sie das Insolvenzrisiko des Arbeitgebers auf den Arbeitnehmer und barg die Gefahr der Zerrüttung des Arbeitsverhältnisses.⁵⁷⁷

Die Festlegung einer Haftungshöchstgrenze für den Arbeitnehmer vermochte die Nachteile der Haftungsaufteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht auszugleichen. Die Betriebsrisiko- und Fürsorgepflichtabwägungen verlangen einen Schutz des Arbeitnehmers durch eine Haftungshöchstgrenze nur im Bereich der leichten und einfachen Fahrlässigkeit. Die Implementierung einer Haftungshöchstgrenze führt bei solch begrenzter Anwendung zu einer Verkomplizierung der Regelung, die nicht wünschenswert ist und einen erhöhten Bedarf an richterlicher Klärung begründet. Darüber hinaus wird der starke Vorteil der Haftungsquotelung, nämlich die Gewährleistung der Einzelfallgerechtigkeit durch eine Haftungshöchstgrenze unterlaufen.⁵⁷⁸

Die Vorteile einer Haftpflichtversicherung⁵⁷⁹ liegen vor allem in der Übertragung des Risikos auf ein Kollektiv. Ferner erfolgt die vollständige Absicherung des Geschädigten im Rahmen der Außenhaftung bei gleichzeitiger Beibehaltung des Grundprinzips der Haftungsteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Eine Regelung über die Absicherung des Freistellungsanspruches des Arbeitnehmers im Rahmen des Insolvenzgeldes erweist sich nicht als empfehlenswert. Gegen die Ausdehnung des Konkursausfallgeldanspruches auf die Fälle der Arbeitnehmernaßenhaftung spricht insbesondere die mangelnde Sicherung des Dritten. Dieser Vorteil der Kollektivhaftung wird im Rahmen der Ausfallgeldlösung verschenkt. Ferner sind die Ausgestaltungsmöglichkeiten wegen der unterschiedlichen Zielrichtungen des Konkursausfallgeldes und der Arbeitnehmerhaftungsabsicherung begrenzt. Eine Unterscheidung zwischen risikoreichen und risikoarmen Betrieben wird nicht getroffen. Dies führt zu Umlageungerechtigkeiten bei der Finanzierung der Beiträge.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ 4.3.3.2.1.1 und 4.3.3.2.1.2.

⁵⁷⁷ 4.3.3.2.1.2.

⁵⁷⁸ 4.3.3.2.2.

⁵⁷⁹ 4.3.3.2.3.1.

⁵⁸⁰ 4.3.3.2.4.

4.4 Ergebnis und Zusammenfassung

Im vorliegenden Kapitel waren zwei grundsätzliche Fragen zu beantworten. Zum einen die Frage nach dem wünschenswerten Haftungsumfang, zum anderen die nach der damit einhergehenden Haftungsausgestaltung. Vorliegend wird eine Haftungsteilung vorgeschlagen. Der Arbeitgeber haftet neben dem Arbeitnehmer als Gesamtschuldner. Der Arbeitnehmer hat selbst bei fahrlässigen, auch grob fahrlässigen, Delikten einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber tritt infolgedessen nach außen für alle Schäden ein, die nicht vorsätzlich verursacht wurden. Diese Haftung wird durch eine Versicherungspflicht unterstützt. Die Versicherung tritt für alle Schäden ein. Sie hat lediglich im Falle der vorsätzlichen Schädigung durch den Arbeitnehmer gegen denselben ein Regressrecht. Im Ergebnis führt dies zu einer, im europäischen Rechtsraum zunehmend praktizierten Abkehr von der reinen Verschuldenshaftung.⁵⁸¹

Diese Ergebnisse beruhen auf folgenden Erwägungen: Den Haftungsumfang betreffend wurden drei Grundmodelle untersucht. Hierbei erwiesen sich sowohl die uneingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers, als auch die des Arbeitgebers nicht als überzeugend.

Die uneingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers trägt einem Grundprinzip des Deliktsrechts Rechnung. Sie nimmt eine Haftungszuweisung für eigenes, schuldhaftes Verhalten vor. Ferner gewährt sie aufgrund ihrer Einfachheit Rechtssicherheit. Die Gründe, die eine dem Prinzip nach gebotene Entlastung des Arbeitnehmers fordern, werden gleichwohl nicht berücksichtigt, denn das Betriebsrisiko und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers finden in diesen Lösungsansatz keinen Eingang.⁵⁸²

Diese Nachteile werden auch nicht durch eine Befreiung des Arbeitnehmers von der Haftung für leichteste und leichte Fahrlässigkeit ausgeglichen. Dies berücksichtigt zwar die Notwendigkeit einer Haftungsteilung, die avisierte Aufteilung der Haftung ist jedoch nicht sachdienlich, sondern greift zu kurz. Die gebotene Teilung der Haftung auch im Bereich der normalen Fahrlässigkeit verkompliziert das Konzept zu sehr und führt zu einer Auflösung des Grundprinzips der ungeteilten Haftung des Arbeitnehmers.⁵⁸³

Die Befreiung des Arbeitnehmers bei drohender Notlage ist desgleichen nicht geeignet die Defizite des Lösungsansatzes der unbeschränkten Arbeitnehmerhaftung zu beseitigen. Das dahinterstehende Argument der sozialen Sicherung des Arbeitnehmers ist nicht tauglich eine solche Haftungsentlastung des Arbeitnehmers zu begründen.⁵⁸⁴

Zuletzt wurde im Rahmen der unbeschränkten Arbeitnehmerhaftung die Einführung einer Haftungshöchstgrenze abgelehnt⁵⁸⁵, denn auch eine solche Haftungshöchstgrenze ist im

⁵⁸¹ *Blaurock*, Europäisches Privatrecht, JZ 1994, 272.

⁵⁸² 4.1.

⁵⁸³ 4.1.1.

⁵⁸⁴ 4.1.2.

⁵⁸⁵ 4.1.3.

Hinblick auf die Gründe für eine Haftungsbeschränkung nicht zu rechtfertigen. Weder das Betriebsrisiko noch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers werden berücksichtigt. Auf der anderen Seite werden die Vorteile einer Orientierung der Haftung am Verschulden durch die Heranziehung einer Haftungshöchstgrenze zunichte gemacht. Die Entlastung des Arbeitnehmers richtet sich nicht mehr nach dem Grad der Sorgfaltspflichtverletzung, sondern nach seinem Einkommen oder anderen für die Haftungsbeurteilung unbedeutenden Merkmalen.

Der Vorschlag einer uneingeschränkten Haftung des Arbeitgebers überzeugt nicht. Die der Haftung des Arbeitgebers zugrundeliegenden Argumente der Fürsorgepflicht und des Betriebsrisikos sind nicht so stichhaltig, dass sie die volle Haftung des Arbeitgebers rechtfertigen könnten. Gründe, weshalb auf das Prinzip der Haftung für eigenes Verschulden verzichtet werden sollte, sind nicht ersichtlich. Betriebsrisiko und Fürsorgepflicht verlangen zuletzt, dass der Arbeitnehmer zumindest für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz haftet und der Arbeitgeber hierdurch entlastet wird. Die uneingeschränkte Arbeitgeberhaftung ist daher nicht mehr zu halten.⁵⁸⁶

Die Haftung des Arbeitgebers durch eine Ausfallhaftung des Arbeitnehmers abzumildern führt ebenfalls nicht zu befriedigenden Ergebnissen.⁵⁸⁷ Die Ausfallhaftung des Arbeitnehmers könnte nur sehr ungenau festgelegt werden und würde somit zu Rechtsunsicherheiten führen. Denn der Arbeitnehmer müsste in Fällen der Arbeitgeberinsolvenz und anderen Unwägbarkeiten die den Rückgriff des Geschädigten auf den Arbeitgeber behindern in die Haftung eintreten, um die Nachteile dieses Lösungsansatzes für den unbeteiligten Dritten auszugleichen.

Ein Auffangfond wiegt die Nachteile der einseitigen Arbeitgeberhaftung ebenfalls nicht auf. Er überträgt das Haftungsrisiko auf das Verbraucherkollektiv, denn die Arbeitgeber als Beitragszahler würden die Belastung auf die Kunden umlegen. Dies führt zu einer Entlastung der Arbeitgeber, eine Belastung der Allgemeinheit zu Gunsten des schuldhaft handelnden Arbeitnehmers stellt in dieser Gestalt aber eine nicht zu tolerierende Unbilligkeit des Systems dar. Insbesondere vor dem Hintergrund der Enthftung des Arbeitnehmers auch für Vorsatz ist eine Inanspruchnahme der Allgemeinheit nicht zu rechtfertigen.⁵⁸⁸

Diese Ergebnisse legen nahe, dass eine praktikable Lösung nur im „Mittelfeld“ der Haftungsquotelung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu finden ist. Eine anteilige Haftungszuweisung birgt desgleichen Nachteile, eine Minimierung dieser Makel wird jedoch durch den Rückgriff auf die Konstruktion einer Haftpflichtversicherung erreicht, wobei dieser gleichzeitig eine unbeschränkte Haftung des Arbeitgebers im Bereich des Fahrlässigkeit und des Arbeitnehmers für den Bereich des Vorsatzes zugrunde gelegt wird.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ 4.2.

⁵⁸⁷ 4.2.1.

⁵⁸⁸ 4.2.2.

⁵⁸⁹ ausführlich hierzu: Zusammenfassungen unter 4.3.3.3 und 4.3.3.2.3.4.

5 Rechtsvereinheitlichung der Außenhaftung des Arbeitnehmers?

Die vorstehend entwickelte Außenhaftungsregelung⁵⁹⁰ erscheint hinsichtlich ihrer Praktikabilität, Gerechtigkeit und Umsetzungsmöglichkeiten geboten. Dies rechtfertigt gleichwohl nicht per se den Schluss, dass dieser Lösungsansatz auch im Rahmen einer Vereinheitlichung der Rechtsordnungen übernommen werden sollte. So ist zunächst zu klären, ob und inwiefern die entwickelte Standardlösung Vorteile gegenüber der Rechtsvielfalt bietet und, wenn eine Rechtsvereinheitlichung sinnvoll erscheint, auf welchem Wege diese gegebenenfalls erfolgen sollte.

5.1 Notwendigkeit einer Vereinheitlichung

Die Feststellung eines Vereinheitlichungsbedürfnisses der nationalen Rechtsordnungen setzt die Diskussion von Grund und Umfang der Angleichung voraus. Nachfolgend muss beantwortet werden, inwiefern eine Vereinheitlichung der Außenhaftungsproblematik an sich erfolgen soll oder ob dies nur im Kontext einer allgemeinen Privatrechtsangleichung stattfinden kann, sofern eine solche prinzipiell wünschenswert sein sollte.

5.1.1 Vereinheitlichung der Außenhaftungsproblematik im Kontext einer generellen Rechtsangleichung - Methode der Harmonisierung

Möchte man die These bejahen, dass eine einheitliche Außenhaftungsregelung in allen europäischen Rechtsordnungen der derzeitigen Rechtssituation vorzuziehen ist, so sollte zunächst eine generelle Zustimmung zu der derzeit herrschenden Vereinheitlichungstendenz⁵⁹¹ im Privatrecht gefunden werden. Denn eine Einbettung der Außenhaftungsproblematik in das allgemeine Zivilrecht ist erforderlich. Zu berücksichtigen ist, dass die Außenhaftungsproblematik sowohl die Grundzüge des Deliktsrechts berührt als auch weit in arbeitsrechtliche Grundlagen hineinreicht, sofern dies die Voraussetzungen der Haftung betrifft. Aufgrund der Verknüpfung der Außenhaftung mit diesen zu den rechtlichen und sozialen Grundlagen der Gesellschaft zählenden Thematiken, sollte eine Neuregelung nicht losgelöst von einer einheitlichen zivilrechtlichen oder zumindest deliktsrechtlichen Regelungssystematik getroffen werden.⁵⁹²

Wenn nun im Rahmen einer Harmonisierung des Zivilrechts die

⁵⁹⁰ siehe 4.4.

⁵⁹¹ zur Geschichte der Rechtsangleichung: *Kegel*, Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung, in: *Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa*, 11 ff; historische Betrachtung von Vorbildern eines europäischen Zivilgesetzbuches: *Schwintowski*, Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, JZ 2002, 205 f.

⁵⁹² Für die Einbeziehung zumindest deliktsrechtlicher Generalklauseln und nicht abschließender Sondertatbestände in eine einheitliche europäische Kodifikation auch: *Tilmann*, Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft?, in: *Müller-Graff*, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 590 f.

Außenhaftungsproblematik geregelt wird, kann dies durch eine totale und optionelle Harmonisierung erfolgen. Die totale Harmonisierung findet statt, wenn alle nationalen Rechtsvorschriften angeglichen werden und jedes entgegenstehende Recht ausgeschlossen wird. Optionelle Harmonisierung berührt hingegen ausschließlich die Vorschriften die den innergemeinschaftlichen Warenverkehr betreffen.⁵⁹³ Innerhalb der EU ist die totale Harmonisierung geboten, da der Behebung wirtschaftlicher Beschränkungen das Hauptaugenmerk gewidmet ist.⁵⁹⁴ Wirtschaftsverzerrungen können aber durch jede Regelung, auch solche die nicht den Warenverkehr betreffen, hervorgerufen werden. Eine möglichst umfassende Rechtsangleichung ist auch vor dem Hintergrund der bisher vorgenommenen umfangreichen punktuellen Rechtsvereinheitlichung wünschenswert. Im europäischen Kontext hat diese, hervorgerufen durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, mehr Schaden als Nutzen bewirkt.⁵⁹⁵ Denn die einzelnen Angleichungsregelungen greifen in die nationale Rechtsstruktur ein und führen zu einer weiteren Zersplitterung der mitgliedsstaatlichen Rechtssysteme.⁵⁹⁶

Vor diesem Hintergrund erscheint es auch nicht sinnvoll im Rahmen der Außenhaftung zwischen rein inländischen und grenzüberschreitenden Sachverhalten zu unterscheiden. Dies würde eine Aufspaltung der materiellen Rechtslage hervorrufen, die allein die Konfusion der beteiligten Rechtskreise zur Folge hätte. Daneben beinhaltet die pointillistische Rechtsangleichung die Gefahr nicht untereinander abgestimmt zu sein und durch die umfassenden Detailregelungen den Bezug zu den Grundprinzipien des Zivilrechts zu verlieren.⁵⁹⁷ Gleichmaßen abzulehnen sind daher auch Teilregelung des Privatrechts hinsichtlich einzelner Wirtschaftssektoren, z.B. solchen mit hohem Risiko.⁵⁹⁸

Die zunehmende Dekonzentration des Rechts zeigt sich auch in dem Nebeneinander von bi- und multilateralen Verträge, Richtlinien, Entscheidungen und Verordnungen der EU und nationalem Kollisions- und Sachrecht, welches zu einer ungewollten Rechtsvielfalt

⁵⁹³ Eiden, in: Bleckmann, Europarecht, Rz. 2162 f.

⁵⁹⁴ zum Sinn und Nutzen einer solch umfassenden Rechtsharmonisierung siehe ausführlich Kap. 5.1.2.

⁵⁹⁵ Ulmer, Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?, JZ 1992, 5 f.

⁵⁹⁶ Gar von „Atomisierung des Einheitsrechts“ sprechend: Taupitz, Europäische Rechtsvereinheitlichung heute und morgen, 70; auch Kötz, Rechtsvereinheitlichung- Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabelsZ 56 (1986), 5. Als Beispiel lässt sich hier die europäische Verbraucherschutzrichtlinie anführen, deren wünschenswertes Ziel eines einheitlichen Schutzes der Verbraucher bei allen anfallenden Rechtsgeschäften dazu führt, dass beispielsweise die im deutschen Recht getroffene Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkverträgen unberücksichtigt bleibt. Der Wegfall dieser Unterscheidung im Bereich des Verbraucherschutzes trägt zu weiterer Verwirrung im Haftungsrecht bei. So: Kötz, Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung, RabelsZ 56 (1992) 216.

⁵⁹⁷ Hommelhoff, Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), 102.

⁵⁹⁸ Bangemann, Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union, ZeuP 1994, 379; auch vorgeschlagen für die ebenfalls nicht empfehlenswerte Rechtsangleichung durch transnationales Wirtschaftsrecht unter Durchsetzung des Rechts durch Schiedsgerichte allein für den Bereich der jeweils betroffenen Wirtschaftszweige.

führt und „Rechtsanwendung nicht selten zur bloßen Rechtsvermutung werden“⁵⁹⁹ lässt. Einheitsrecht und nationales Recht werden häufig nicht eindeutig in ihrem Anwendungsumfang abgegrenzt, so dass eine Anwendungsverwirrung entsteht.⁶⁰⁰ Dies gilt insbesondere bei Teilrechtsregelungen durch die Gemeinschaft.⁶⁰¹ So kommen sekundärrechtliche Maßnahmen meist Stückwerk gleich. Dies zeigt sich in Wertungswidersprüchen⁶⁰² die sich im europäischen Recht finden und deren Auftreten bei einer Vielzahl von Einzelregelungen noch wahrscheinlicher wird. Eine Gesamtvereinigung erscheint daher notwendig.⁶⁰³

In der Diskussion wird häufig eingewandt, eine Vereinfachung der Rechtsstrukturen ließe sich, mit allen positiven Folgen für die Übersichtlichkeit des Rechts, auch durch andere Maßnahmen als der Rechtsangleichung erreichen. Sofern aber Rechtsnormen das Bewusstsein der Bevölkerung prägen, ist Sacheinheitsrecht mehr als beispielsweise eine kollisionsrechtliche Regelung dazu geeignet das Bewusstsein der Bevölkerung für ein einheitliches, zusammenwachsendes und gemeinsames Europa auch hinsichtlich seiner Rechtswirklichkeit zu bilden.⁶⁰⁴

Einheitsrecht kann, soweit es übergreifend Anwendung findet, das Recht zusammenführen. Einzelne punktuelle Regelungen sind vor diesem Hintergrund nicht wünschenswert. Dies hat auch die europäische Union erkannt. Das Streben nach einer perfektionistischen Rundum-Rechtsvereinheitlichung in den ersten Jahren der EG ist einem neuen Typ Rechtsvereinheitlichung gewichen, der neben einer Abkehr von der Detailharmonisierung zugunsten einer Basisvereinheitlichung⁶⁰⁵ auch die gegenseitige Anerkennung der

⁵⁹⁹ *Taupitz*, Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG, JZ 1993, 535.

⁶⁰⁰ *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 473; *Kötz*, Rechtsvereinheitlichung: Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 56 (1986), 6.

⁶⁰¹ *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: *Hartkamp* u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 81; *Bruha*, Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, *ZaÖRV* 46 (1986), 5.

⁶⁰² So z.B. zwischen der Rechtsprechung des EuGH, welcher in den Entscheidungen *Rewe* (Slg. 1980, 2071) und *Gilli* (Slg. 1987, 1228) das Leitbild des mündigen Verbrauchers aufstellte, wohingegen der Richtlinienentwurf über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen eher dem Verbraucherschutz dient. M.w.N. *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, *NJW* 1993, 20.

⁶⁰³ *Kramer*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, *JBl.* 1988, 485 f., der allerdings zugunsten der praktischen Umsetzbarkeit einer Vereinheitlichung darauf hinweist, dass zunächst eine Vereinheitlichung im Bereich der „weltläufigen“ Rechtsgebiete wie dem Handels- oder Schuldrecht erfolgen sollte, während Bereiche wie das Familien- und Erbrecht zunächst ausgeklammert werden könnten.

⁶⁰⁴ *Taupitz*, Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?, *JZ* 1993, 534.

⁶⁰⁵ Aufruf des Europäischen Parlaments zur Vorbereitung der Ausarbeitung eines einheitlichen europäischen Zivilgesetzbuchs für das Privatrecht: Entschließung vom 26.5.1989, *Abl. EG* Nr. C 158/400 v. 26.6.1989; Entschließung zur Angleichung bestimmter Bereiche des Privatrechts, *Abl.* 1994 Nr. C 205/518, v. 6.5.1994; zu den Entschließungen: *Tilman*, Entschließung des Europäischen Parlaments über die Angleichung des Privatrechts der Mitgliedsstaaten vom 26.05.1989, *ZeuP* 1993, 613; *Tilman*, Zweiter Kodifikationsbeschluss

Basiswerte nationalen Regelungen⁶⁰⁶ und das Subsidiaritätsprinzip⁶⁰⁷ beinhaltet. Dies fördert den Wettbewerb der Rechtsordnungen um die beste Lösung und bereitet damit den Boden für eine reale Rechtseinheit die auf den so wachsenden Angleichungsfortschritten basiert.⁶⁰⁸ Es muss jedoch auch zuerkannt werden, dass der Zeitpunkt für eine solche echte Rechtseinheit noch nicht gegeben ist.⁶⁰⁹ Dennoch empfiehlt es sich die auf dem Weg anfallenden Aufgaben zu erledigen und bereits jetzt die möglichen Regelungsinhalte⁶¹⁰ zu diskutieren und in Kontext zu stellen, um dem Ziel näher zu kommen.

Die Außenhaftung des Arbeitnehmers sollte aus diesen Gründen nur im Rahmen einer umfassenden Privatrechtsvereinheitlichung diskutiert werden. Diese sollte neben den Sachregelungen auch die notwendige Rechtsangleichung im Prozessrecht

des Europäischen Parlaments, ZeuP 1995, 534 ff; Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, „Vollendung des Binnenmarktes“ vom 14.6.1985, KOM (85) 310, Rn. 65 2. Spiegelstrich; *Bruha*, Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ZaÖRV 46 (1986), 2; *Hayder*, Neue Wege der EG-Rechtsangleichung, RabelsZ 53(1989), 629; *Eiden*, in: *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 2168; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 349; kritisch: *Sedemund*, „Cassis de Dijon“ und das neue Harmonisierungskonzept der Kommission, in: *Schwarze*, Der Gemeinsame Markt, 37 ff.; *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 19; *Schwartz*, 30 Jahre EG-Rechtsangleichung, in: FS für Groeben, Eine Ordnungspolitik für Europa, 362.

⁶⁰⁶ *Taupitz*, Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?, JZ 1993, 537; *Hayder*, RabelsZ 53 (1989), 622, 688; *Matthies*, FS für Steindorff, 1287ff.; *Schwartz*, 30 Jahre EG-Rechtsangleichung, in: FS für Groeben, Eine Ordnungspolitik für Europa, 352 ff.; *Steindorff*, Anerkennung im EG-Recht, in: FS für Lorenz, 561 ff.

⁶⁰⁷ Überblick über die ausufernde Literatur zum Subsidiaritätsprinzip bei *Oppermann*, Europarecht, § 6, 195 vor Rz. 508.

⁶⁰⁸ *Taupitz*, Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG, JZ 1993, 537.

⁶⁰⁹ Und wahrscheinlich in absehbarer Zeit auch noch nicht gegeben sein wird, sofern ein gewisser Standart zugrund gelegt werden sollte. Allein in den Niederlanden hat die Kodifikation eines neuen Zivilgesetzbuches über 50 Jahre in Anspruch genommen. Es ist eher unwahrscheinlich, dass eine entsprechende Arbeit auf europäischer Ebene wesentlich schneller vonstatten gehen würde. *Koopmans*, Towards a European Civil Code? EuZP 1997, 541, *Hommelhoff*, Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), 102; *Tilmann*, Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, in: FS für Oppenhoff, 505.

⁶¹⁰ Dies betrifft nicht nur die inhaltlichen Details, ebenfalls der Regelungsumfang die einzelnen Rechtsgebiete betreffend werden diskutiert, so spricht sich *Koopmans* für eine Absage gegenüber Familien- und Erbrechtsregelungen aus: *Koopmans*, Towards a European Civil Code? EuZP 1997, 542; auch *Schwintowski*, Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, JZ 2002, 210 f.; *Lando*, Making a European Private law, in: *Kreuzer* u.a., Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, 53; während andere Autoren von einer umfassenden Regelung ähnlich dem BGB ausgehen. Für andere: *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 483, nur für eine Regelung des wirtschaftsnahen Privatrechts: *Tilmann*, Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, in: FS für Oppenhoff, 504 f; *Tilmann*, Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft?, in: *Müller-Graff*, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 579 ff.; *Kötz*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, in: Festschrift für Zweigert, 487; *Martiny*, Europäisches Privatrecht –greifbar oder unerreichbar?, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 12 ff; *Drobnig*, Europäisches Zivilgesetzbuch Gründe und Grundgedanken, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 123.

berücksichtigen,⁶¹¹ so dass zivilrechtliches Einheitsrecht nicht durch prozessuale Einflüsse behindert wird.

5.1.2 Sinn und Nutzen einer Privatrechtsvereinheitlichung

In der Diskussion um die Vor- und Nachteile einer Rechtsvereinheitlichung werden mannigfaltige Gründe für eine Angleichung des Privatrechts durch Rechtsetzung genannt. Diese Argumentationslinien werden zunächst nachgezeichnet, um einen Überblick über den Meinungsstand zu gestatten. Erscheinen bereits im allgemeinen die Argumente für eine Privatrechtsharmonisierung nicht überzeugend, kann auch im einzelnen, also der Frage nach der Haftungsbelastung des Arbeitnehmers eine Rechtsangleichung nicht wünschenswert sein. Andererseits kann gerade ein allgemeines Bekennt zu dem Prinzip der Rechtsvereinheitlichung im Rahmen der Verleihung umfassender Wirksamkeit eine Vereinheitlichung der Haftungsregelungen erfordern.

Gab es früher das Dogma des gleichförmigen „*modern law of nature*“⁶¹² wird die Einheitlichkeit des Rechts heutzutage pragmatisch begründet.⁶¹³ Nicht nur, dass das Zusammenwachsen der Rechtsordnungen Friedenswillen⁶¹⁴, gegenseitiges Rechtsverständnis, Austausch und Aufgeschlossenheit fördert.⁶¹⁵ Eine Vereinheitlichung, gerade im Wirtschaftsrecht, dient der *ratio oeconomica*, die in der Rechtssetzung tonangebend ist. Das moderne Ziel der Rechtsvereinheitlichung ist die Senkung der Transaktionskosten die die Wirtschaftssubjekte im internationalen Verkehr belasten.⁶¹⁶

⁶¹¹ Genauer zu den prozessrechtlichen Implikationen der Zivilrechtsvereinheitlichung: *Kerameus*, Procedural Implications of Civil Law Unification, in: *Hartkamp* u.a. (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, 121 ff.

⁶¹² Lord Asquith in: *Petroleum Development Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi*, Int. L. Rep. 18 (1951) 144, 149.

⁶¹³ *Behrens*, Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 50 (1986), 20 f.

⁶¹⁴ *Tomuschat*, Europäisierung des Rechts, in: *Tomuschat* u.a. (Hrsg.), *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen*, 23.

⁶¹⁵ So auch schon *Thibaut* 1814 in der Diskussion mit *Savigny*. *Thibaut*, Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 65 ff., dargestellt auch bei: *Ulmer*, Vom deutschen zum europäischen Privatrecht? *JZ* 1992, 5; *Strömholm*, Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung, *RabelsZ* 56 (1992), 619; *Tilman*, Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, in: *FS für Oppenhoff*, 500 f.

⁶¹⁶ *Kötz*, Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 56 (1992), 217; *Behrens*, Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 50 (1986), 21; *Blaurock*, Europäisches Privatrecht, *JZ* 1994, 271; *Drobnig*, Europäisches Zivilgesetzbuch Gründe und Grundgedanken, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 116 ff.; *Remien*, Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union, *ZfRV* 1995, 121; *Everling*, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft, in: *FS für Schmidt*, 167 ff; *Kieninger*, 100 Jahre BGB- Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, *JbJgZ* 1996, 250; *Taschner*, Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 227; *Teichmann*, Ein Europäisches Zivilgesetzbuch-Notwendigkeit, Utopie, Illusion?, in: *Dörr/Dreher* (Hrsg.) *Europa als Rechtsgemeinschaft*, 28; *Spier/Haazen*, The European Group on Tort Law („Tilburg Group“) and the European Principles of Tort Law, *ZeUP* 1999,

Neben diesem vorherrschenden wirtschaftlichen Aspekt gilt gleichsam übergreifend der politische Gedanke durch eine Rechtseinheit in einem abgegrenzten Gebiet eine Einheit und Unabhängigkeit gegenüber dem „außen“ zu kreieren.⁶¹⁷ Diese Einheit soll Rechtseffizienz, -transparenz und die Gleichbehandlung aller Bürger gewährleisten.⁶¹⁸ Selbst für die Juristen in den einzelnen Mitgliedsstaaten ist es schwierig die Rechtslage der anderen Länder zu erfassen. Die systematischen und auch sprachlichen Unterschiede erschweren hier den in der Rechtsberatung und -vertretung immer notwendiger werdenden Zugang zu anderen Rechtsordnungen. Eine einheitliche Rechtsordnung kann störende Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen quasi „bereinigen“ und „aufräumen“. Durch die Einheit der Kodifikation des Rechts kann die Rechtsinformation der Juristen europaweit verbessert werden.⁶¹⁹

Die Rechtsvereinheitlichung ermöglicht es Lehren aus der Rechtsvergleichung zu ziehen und anhand der Gegenüberstellung der nationalen Rechtsordnungen Regelungen zu finden, die nicht immer so auch im nationalen Recht vorgegeben sein müssen. Nationale Konzepte, Erfahrungen und Sachverstand können sich so gegenseitig ergänzen und verbessern.⁶²⁰

Auf europäischer Ebene ist ferner die Integrationswirkung einer Rechtsvereinheitlichung positiv zu vermerken.⁶²¹ Eine Rechtsvereinheitlichung bewirkt ein gesteigertes

479; die Argumentation aufgrund ihres mangelnden Nachweises konkreter Ersparnis von Transaktionskosten angreifend: *Müller*, Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung, 122, 306 f.

⁶¹⁷ Dieser ursprünglich nationale Aspekt der Kodifikation ist zwar im Rahmen der europäischen Union als Erwägung für die Rechtssetzung in den einzelnen Mitgliedsstaaten in den Hintergrund getreten, *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 467. Nichtsdestotrotz ist auch bei der Rechtsvereinheitlichung innerhalb der europäischen Union ein gedanklicher Rückgriff auf diese Ziele zu erkennen, *Berg*, Diskussionsbericht zum Symposium „Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung“, *RabelsZ* 50 (1986), 233; *Kramer*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, *JBl.* 1988, 487; als Ziel eines einheitlichen europäischen Sozialrechts auch: *Tiedemann*, Desirability of European Social Legislation in: *Betten* (Hrsg.), *The Future of European Social Policy*.

⁶¹⁸ *Van Gerven*, Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?, *EuZP*, 1997, 465; schon früh: *Hallstein*, Angleichung des Privat- und Prozessrechts in der EWG, *RabelsZ* 28 (1964), 230, *Thibaut*, Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 26 ff; *Blaurock*, Europäisches Privatrecht, *JZ* 1994, 272.

⁶¹⁹ *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 490; so gesehen auch bereits im 17. und 18. Jahrhundert, in welchem die Einheit des Rechts erfolgreich in Europa praktiziert wurde, *Zimmermann*, Roman Law and European Legal Unity, in: *Hartkamp* u.a. (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, 27 f; dies gilt umso mehr, als auch in nationalen Rechten häufiger eine Flut an Einzelbestimmungen ein Gebot zur Systematisierung und Neuordnung aufstellt: so beispielhaft für die Schweiz: *Stark*, Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, *ZSR* 86 (1967), 157 ff, 185.

⁶²⁰ *Kramer*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, *JBl.* 1988, 487, 488; *Neuhaus/Kropholler*, Rechtsvereinheitlichung- Rechtsverbesserung?, *RabelsZ* 49 (1981), 76.

⁶²¹ *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, *NJW* 1993, 13; *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 472; *Taupitz*, Europäische Rechtsvereinheitlichung heute und morgen, 69; *Langeheine*, in: *Grabitz/Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 100 EGV, Rz. 4,5; *Kieninger*, 100 Jahre BGB-zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, *JbJgZ*

Zusammenhörigkeitsgefühl und schafft eine gemeinsame Identität. Insofern kann die Rechtsangleichung nicht nur Mittel, sondern auch Folge eines zunehmenden europäischen Integrationsprozesses sein, denn auf eine wachsende staatsübergreifende Angleichung reagiert das Recht mit verstärkter Uniformität.⁶²²

Die Europäische Union hat durch Sekundärrecht bereits erhebliche Teile des nationalen Zivilrechts vereinheitlicht.⁶²³ Die legistische Qualität dieser Rechtsetzung wurde vielfach bemängelt.⁶²⁴ Sowohl die redaktionelle und sprachliche Abfassung der Rechtsakte ist allzu oft ungenau. Es mangelt an einer einheitlichen Systematik, die darüber hinaus von einer wachsenden Normenflut begleitet ist.⁶²⁵ Daneben stehen diverse Übereinkommen mit zivilrechtlichem Regelungsgehalt. So entsteht eine teilgeregelte Rechtslandschaft⁶²⁶ die überdies mit den Problem nationaler Auslegungsdifferenzen, zumindest im Bereich der Staatsverträge, belastet ist. So mag der Gedanke, eine einheitliche Rechtsstruktur zu schaffen und dadurch das Nebeneinander von kollidierendem originären nationalen Recht und vereinheitlichtem nationalen Recht zu beseitigen, einige Überzeugungskraft entwickeln.⁶²⁷ Würde dies doch zu einer Fortführung des begonnenen Werkes beitragen

1996, 246; *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50 (1986), 193; mit der Begründung die Geschichte habe gezeigt, dass Zivilrechtskodifikationen stets nur Schlusspunkt einer politischen Entwicklung waren gegen die Integrationswirkung argumentierend: *Magnus*, Die Gestalt eines Europäischen Handlungsgesetzbuches, in: Festschrift für Drobnig, 60; zum Integrationsbegriff und -konzept: *Lubitz*, Die Angleichung des Privatrechts in den Mitgliedsstaaten durch die europäische Richtlinie und Verordnung, 4 ff.

⁶²² *Behrens*, Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 50 (1986), 21 ff.; *Schwintowski*, Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, *JZ* 2002, 209 f.; gegen eine Integrationswirkung der Rechtsvereinheitlichung argumentierend: *Rittner*, Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration, *JZ* 1995, 856; *Remien*, Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts, *JbJgZ* 1991, 24.

⁶²³ Aufstellung der privatrechtsangleichenden Richtlinien und Richtlinienentwürfe im Annex zu: *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: *Hartkamp* u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code; Aufstellung der haftungsrechtlich relevanten Richtlinien: v. *Bar*, Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union, *ZfRV* 1994, 223 ff.

⁶²⁴ *Gündisch*, Qualität europäischer Rechtsetzung, in: *Basedow* u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, 109 ff.; *Heiss*, Vom EU- zum gesamteuropäischen Privatrecht? – Privatrechtsharmonisierung in der sich erweiternden Union, in: *Basedow* u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, 133.

⁶²⁵ *Gündisch*, Qualität europäischer Rechtsetzung, in: *Basedow* u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, 116 ff.

⁶²⁶ *Van Gerven*, Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code, *EuZP*, 1997, 467; *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: *Hartkamp* u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 81; *Rittner*, Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration, *JZ* 1995, 851; *Blaurock*, Europäisches Privatrecht, *JZ* 1994, 276.

⁶²⁷ *Drobnig*, Europäisches Zivilgesetzbuch Gründe und Grundgedanken, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 118 f.; *Kieninger*, 100 Jahre BGB- Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, *JbJgZ* 1996, 254; *Lubitz*, Die Angleichung des Privatrechts in den Mitgliedsstaaten durch die europäische Richtlinie und Verordnung, 12.

und den Teilregelungen einen einheitlichen “*corpus of law*“ zugrunde legen.⁶²⁸

Aufmerksamkeit zu schenken ist ferner dem Einfluss einer einheitlichen Kodifikation auf die europäische Rechtskultur, welche auf der römisch-rechtlichen Grundlage einer Wiedervereinheitlichung des gemeinsamen Rechtsempfindens dient.⁶²⁹

Auf der anderen Seite ist die Vereinheitlichung des Rechts kein Panazee.⁶³⁰ Nicht nur, dass die vielbeschworene Identität schwerlich allein durch eine Rechtsvereinheitlichung erreicht werden kann. Rechtseinheit ist vielmehr stets Ausdruck eines bereits gewachsenen Zusammengehörigkeitsgefühls. So zeigt eine Analyse des alten *Ius Commune Europaeum*, dass dessen Erfolg nicht allein der Einheit der Rechtsnormen geschuldet war, sondern sich auch auf eine Denkmethode, eine Sprache und eine Kirche stützte, mithin ein einheitliches System darstellte.⁶³¹ Gefolgert werden kann daher, dass Identität sich nicht lediglich auf Rechtsgleichheit gründet, sondern auch Interessengleichheit voraussetzt.⁶³² Heute ist eine solche Interessengleichheit nur bedingt anzunehmen. Zu sehr muss auf die nationalen Überzeugungen von der Trefflichkeit der eigenen Rechtsordnungen Rücksicht genommen werden, die einer Vereinheitlichung bezüglich der Kernbestände rechtlicher Lösungen, wie dem Deliktsrecht, skeptisch und ablehnend gegenüberstehen.⁶³³ Diesen nationalen Skeptikern muss gleichwohl entgegengehalten werden, dass bereits eine gegenseitige Beeinflussung, wenn nicht Befruchtung der verschiedenen Rechtsordnungen stattgefunden hat⁶³⁴, so dass weniger danach zu fragen ist, wie sich die nationalen Rechte und rechtlichen

⁶²⁸ Kötz, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, in: Festschrift für Zweigert, 485 ff.

⁶²⁹ Ähnlich auch Tilman, Kommentar zum Symposium: Kodifikation des wirtschaftsnahen Zivilrechts in der EG, NJW 1991, 3266.

⁶³⁰ Kritisch zur Rechtsvereinheitlichung: Mertens, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, RabelsZ 56 (1992), 219 ff, 223.

⁶³¹ Rittner, Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration, JZ 1995, 854; genauer zum römisch-kanonischen *Ius Commune*: Zimmermann, Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, JZ 1992, 10 ff.; Repgen, Europäisierung des Privatrechts durch Wiederbelebung des *ius commune*?, JbJgZ 1997, 10 ff. m.w.N.; unter Hinweis auf dieses im europäischen Privatrechts des 19. und 20. Jahrhunderts noch vorhandenen *Ius commune* gerade eine Basis der Vereinheitlichung sehend: Georgiades, Zu einem gemeineuropäischen Privatrecht, in: Tomuschat u.a. (Hrsg.), Europäische Integration und nationale Rechtskulturen, 46.

⁶³² Taupitz, Europäische Rechtsvereinheitlichung heute und morgen, 79.

⁶³³ Die Diskussion nachzeichnend: Strömholm, Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung, RabelsZ 56 (1992), 614; Drobnig, Europäisches Zivilgesetzbuch Gründe und Grundgedanken, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 119 f.; v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band 1, 368. In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass sich die Differenzen bezüglich der rechtlichen Grundkonzepte leichter durch eine Einigung hinsichtlich der praktischen Regelungsausgestaltung überwinden lassen. Zur Überwindung der Gegensätze wird daher von Koopmans unter Auslassung der Prinzipienschaftung die Einigung auf praktische Regelungen empfohlen- Koopmans, Towards a European Civil Code? EuZP 1997, 546.

⁶³⁴ Z.B. durch die Übernahme von Rechtsinstituten wie dem Franchising oder dem Leasing vom Common Law in die Zivilrechte Westeuropas; gerade im europäischen Bereich liegt darüber hinaus eine *praesumptio similitudinis* vor, d.h. eine Vermutung dass Rechtssysteme ähnlicher kultureller Ausprägung zu ähnlichen

Traditionen unterscheiden, sondern welche im einzelnen davon in einem Gesamtkodex bewahrt werden sollen.⁶³⁵ Auch vor diesem Hintergrund hat sich eine generelle Offenheit für Vereinheitlichungstendenzen, jedenfalls im Handels- und Wirtschaftsrecht, gezeigt. Gerade das Wirtschaftsrecht ist aufgrund seiner internationalen Prägung nicht im gleichen Maße wie die rechtlichen Kernbestände dem nationalen Rechtssystem verbunden.⁶³⁶ Schlussendlich sollte daher mit verstärktem europäischen Rechtsbewusstsein auch eine umfassende Einigung zugunsten eines gemeinsamen Marktes möglich sein.

Gleiches müssen sich auch Kritiker entgegen halten lassen, welche die Ansicht vertreten, jede Art von Einheitsgesetzgebung sei überflüssig, da die Rechtsgrundlage der Geschäfte jeweils die zugrundeliegenden individuellen Verträge seien. Der Markt erfordere mehr Flexibilität, nicht weitere Regularien.⁶³⁷ Hierbei wird übersehen, dass kein Vertrag losgelöst von einer zugrundeliegenden Rechtsordnung geschlossen wird. Gerade zugunsten des freien Marktes und freier Vertragsschlüsse ist es notwendig eine stabile und übersichtliche, mithin auch international einheitliche, Gesetzeslage zu schaffen. So zielen auch die neuen „Deregulationsversuche“ der Gemeinschaft im weiteren Sinne auf eine Schmälerung der Regelungsbreite und Regelungsdichte, nicht jedoch auf eine Deregulierung im strengen Sinne der Nichtregulierung.⁶³⁸

Immer mehr werden auch die finanziellen Kosten einer Rechtsangleichung als Kriterium für die Umsetzung einer Vereinheitlichung angesehen. Es stellt sich die Frage, inwieweit die Inanspruchnahme der gesellschaftlichen Ressourcen dem Regelungszweck gerecht wird. Zu hohe „Veränderungskosten“ können bei dieser Abwägung die Entscheidung gegen eine Angleichung begründen.⁶³⁹ Die Kosten einer Rechtsangleichung sind in hohem Maße von der konkreten Ausgestaltung der Regelungen abhängig. Allein die Rechtssetzung kann bereits umfangreiche Vorbereitungsarbeiten erfordern, wenn eine Implementierung von Richtlinien erforderlich wird. Andererseits kann auch die materielle Konzeption zu hohen Gestaltungskosten führen, wenn Behörden oder Verwaltungsvorgänge geschaffen werden müssen. Ohne eine konkrete Festlegung auf die Form und den Inhalt der Rechtsvereinheitlichung kann aufgrund der Vielzahl der bestehenden Möglichkeiten mit dem Argument der Kostensteigerung keine grundsätzliche Absage an die Rechtsangleichung erfolgen.

rechtlichen Lösungen gelangen, *Kieninger*, 100 Jahre BGB- Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, *JbJgZ* 1996, 262, m.w.N.

⁶³⁵ *Koopmans*, Towards a European Civil Code? *EuZP* 1997, 544.

⁶³⁶ *Strömholm*, Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung, *RabelsZ* 56 (1992), 615 f.

⁶³⁷ So *Harries*, zitiert bei: *Remien*, Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?, *RabelsZ* 56 (1992), 305; *Bruha*, Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, *ZaÖRV* 46 (1986), 5; *Rittner*, Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration, *JZ* 1995, 853.

⁶³⁸ *Bruha*, Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, *ZaÖRV* 46 (1986), 26 f.

⁶³⁹ *Kramer*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, *JBl.* 1988, 485 f.; *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, *NJW* 1993, 19; *Strömholm*, Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung, *RabelsZ* 56 (1992), 620.

Gegen eine Vereinheitlichung wird auch der Verzicht auf die Erfahrungen aus den nationalen Regelungen und eine Enthistorisierung ins Feld geführt. Ein wünschenswerter Systemwettbewerb werde so unterbunden.⁶⁴⁰ Die Geschichte hat jedoch gezeigt, dass selbst bei einer Außerkraftsetzung von Rechtsregeln das diesen Regeln zugrundeliegende Rechtsdenken nicht aufgegeben wurde. Bedenkt man ferner, dass Rechtsnormen einem steten historisch rechtsvergleichend orientierten Evolutionsprozess unterworfen sind, hat eine solche Argumentation gegen Rechtsvereinheitlichung lediglich praxisfernen wissenschaftlichen Charakter.⁶⁴¹ Auch bei einer Rechtsvereinheitlichung im europäischen Rahmen ist daher davon auszugehen, dass der nationale Erfahrungsschatz im Denken der Juristen beibehalten bleiben wird.⁶⁴² Als Argument gegen eine Vereinheitlichung ist der Verlust dieser Erfahrungen daher nicht einzuwenden.⁶⁴³ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die auf nationalem Rechtsdenken fußenden unterschiedlichen Interpretationen zukünftigen Einheitsrechts den Vereinheitlichungseffekt selbst teilweise zunichte machen kann.⁶⁴⁴ Es überwiegt aber der Schutz der Rechtsverbraucher durch klare und deutliche Rechtsetzung vor dem akademischen Interesse⁶⁴⁵, insbesondere da zu erwarten ist, dass sich im Laufe der Zeit ein einheitliches Rechtsverständnis herauskristallisieren wird. Insbesondere im Bereich des Deliktsrechts ist der Wettbewerb der Rechtsordnungen im übrigen nicht wünschenswert, da der Einzelne gerade nicht von der Vielfalt profitiert, sondern im Gegenteil unterschiedlichen Rechten aufgrund von Zufälligkeiten, wie dem Ort der Schädigung, ausgeliefert ist.⁶⁴⁶

Ähnlich verhält es sich mit dem Argument, die Möglichkeit autonomer Rechtsfortbildung gehe bei einer Vereinheitlichung des Rechts verlustig.⁶⁴⁷ Es wird eingewandt, durch die Angleichung der Rechtsordnungen werden auf Dauer die Anpassungsreaktionen einzelner Länder erschwert, Vergleichsmöglichkeiten zwischen den Rechtsordnungen entfielen und die Vorteile der Rechtsvergleichung stürben aus. Es sei daher notwendig die reichen Traditionen der einzelnen Mitgliedsstaaten Europas zu wahren.⁶⁴⁸ Eine Einengung des

⁶⁴⁰ Kötz, Rechtsvereinheitlichung: Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 56 (1986), 12; sehr differenzierend zu diesem Problemkreis: Müller, Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung.

⁶⁴¹ Müller-Graff, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, *NJW* 1993, 19.

⁶⁴² Basedow, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, *AcP* 200 (2000), 468.

⁶⁴³ Im Gegenteil argumentierend: Legrand, Against a European Civil Code, *MLR* 60 (1997), 45 ff., 61. Ihn wiederlegend: Kieninger, 100 Jahre BGB- Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, *JbJgZ* 1996, 262 f.

⁶⁴⁴ Kramer, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, *JBl.* 1988, 487.

⁶⁴⁵ Magnus, Elemente eines europäischen Deliktsrechts, *ZeUP* 1998, 604.

⁶⁴⁶ Magnus, European Perspectives of Tort Liability, *European Review of Private Law*, 1995, 442.

⁶⁴⁷ Kötz, Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 56 (1992) 216; ders., Rechtsvereinheitlichung: Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 56 (1986), 11; Legrand, Against a European Civil Code, *MLR* 60 (1997), 44 ff., 61 ff.

⁶⁴⁸ so im Ergebnis auch Hondius, in: Hartkamp u.a. (Hrsg.), Towards a european civil code, Towards a european civil code, 13; Legrand, Against a European Civil Code, *MLR* 60 (1997), 44 ff., 61 ff.

Spielraumes der beteiligten Staaten führe auch zu einer Zementierung des Rechts, so dass es sich nicht mehr den wechselnden Anforderungen der modernen Industriegesellschaft anpassen könne. Mangelnde Flexibilität führe damit zu einer der Sache der Vereinheitlichung undienlichen Erstarrung des Rechts.⁶⁴⁹ Dies gelte auch unter dem Aspekt, dass Gerechtigkeit im Hinblick auf die sozialen und ökonomischen Unterschiede weniger durch Rechtseinheit als durch Rechtsvielfalt erreicht werden könne.⁶⁵⁰

Als Rechtfertigung für das Unterlassen einer nützlichen Vereinheitlichung in Teilbereichen des Rechts dient diese Argumentation jedoch nicht. Zwar kann ein einheitlicher Markt, um die *ratio oeconomica* aufzugreifen, auch trotz divergierender Teilrechtsordnungen möglich sein, wie es das Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika zeigt.⁶⁵¹ Dennoch ist der Vorteil einer einheitlichen Rechtslage gegeben und kann auch ohne Kodifikation neuer Zivilrechtsbücher erreicht werden. Als Alternativen bieten sich z.B. die Rechtsangleichung durch transnationales Wirtschaftsrecht unter Durchsetzung des Rechts durch Schiedsgerichte allein für den Bereich der jeweils betroffenen Wirtschaftszweige an.⁶⁵² Vorgeschlagen wird auch eine Vereinheitlichung des Rechts durch die Rechtsprechung sowie eine Vereinbarung der am Wirtschaftsverkehr Beteiligten, deren internationalen oder nationalen Organisationen oder durch die Rechtswissenschaft, deren Einfluss auf die Juristen, quasi „von unten“ zu einer Umformung des Rechts führen kann. Diskutiert wird ferner die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts anstelle des Sachrechts. Inwieweit solche Lösungen auch im konkreten Falle sinnvoll wären wird nachfolgend erörtert.⁶⁵³

Selbst wenn die Entscheidung zugunsten einer Kodifizierung fällt kann statt einer vorschnellen Vereinheitlichung des Rechts, welche zu Widerständen in einzelnen

⁶⁴⁹ Everling, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50 (1986), 195; Neuhaus/Kropholler, Rechtsvereinheitlichung- Rechtsverbesserung?, *RabelsZ* 49 (1981), 80 f.; Blaurock, Europäisches Privatrecht, *JZ* 1994, 276; Herber, Gesetzgebungsprobleme bei der internationalen Zivilrechtsvereinheitlichung, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2 (1987), 19.

⁶⁵⁰ Kötz, Rechtsvereinheitlichung- Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 50 (1986), 2; Taupitz, Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?, *JZ* 1993, 534.

⁶⁵¹ Georgiades, Zu einem gemeineuropäischen Privatrecht, in: Tomuschat u.a. (Hrsg.), Europäische Integration und nationale Rechtskulturen, 47; Kötz, Rechtsvereinheitlichung- Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 50 (1986) 14. Trotz Richtigkeit dieses Grundgedankens ist zu berücksichtigen, dass trotz der Rechtsetzungsautonomie der amerikanischen Einzelstaaten die Staatlichkeit der Vereinigten Staaten als einbindender Faktor für die Wirtschaft zur Verfügung steht. Daneben bestehen starke Klammern der Gemeinsamkeit im für den Wirtschaftsverkehr einschlägigen Rechtsnormen, die beispielsweise durch die Verflechtung der Rechtsprechung über die „persuasive authority“, übereinstimmenden Rückgriff auf gleiche Literatur und gleiche Lehrtexte sowie eine einheitliche Juristenausbildung; Müller-Graff, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, *NJW* 1993, 18; zur Rechtsvereinheitlichung in den USA: Gray, *E pluribus unum? A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States*, *RabelsZ* 50 (1986), 111 ff.; Stein, Einheitlichkeit und Verschiedenheit des Rechts bei geteilter Macht- die amerikanische Erfahrung, *RabelsZ* 50 (1986), 166 ff.

⁶⁵² Kötz, Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 56 (1992) 216.

⁶⁵³ siehe 5.2.2.

Mitgliedsstaaten führen könnte, zunächst eine Zusammenstellung gemeinsamer Grundsätze⁶⁵⁴ erfolgen, anhand welcher ein gemeinsamer Wertekodex ermittelt werden kann.⁶⁵⁵ Einer endgültigen Kodifizierung zivil- und handelsrechtlicher Regelungen steht dies jedoch nicht entgegen. Eine solche Vorgehensweise ist schlussendlich empfehlenswert um die Rechtsangleichung zu vereinfachen.

5.1.3 Konkrete Folgen unterschiedlicher Haftungsregelungen im Bereich der Außenhaftung

Abgesehen von dem vorstehend festgestellten Nutzen einer umfassenden Privatrechtsvereinheitlichung, muss auch im Detail die Frage beantwortet werden, wie sich die unterschiedlichen nationalen Regelungen im Bereich der Außenhaftung praktisch auswirken und ob die Divergenzen derart stark sind, dass eine Vereinheitlichung auch unter diesem Aspekt geboten ist. Das Deliktsrecht an sich fordert mehr als andere Teilbereiche des Zivilrechts eine Vereinheitlichung, denn im Gegensatz zu Vertragsverhältnissen ist das Deliktsrecht in den meisten Fällen zwingend anzuwenden, da eine vorherige Einigung der beteiligten Parteien zumeist nicht stattfinden kann. Im Anbetracht der verhaltenssteuernden Funktion des Deliktsrechts ist besonders auf eine Einheitlichkeit der Schadenersatzregelungen zu drängen.⁶⁵⁶ Eine Ungleichbehandlung hat hier daher nicht nur wirtschaftliche Folgen, sondern auch solche im Hinblick auf den auferlegten sozialen Regelungsgehalt.

Neben den sozialen Auswirkungen wird in diesem Kontext vor allem die ökonomische Sicht einzubeziehen sein, da die *ratio oeconomica* in jüngerer Zeit nahezu zum alleinigen Kriterium für Begründungen zugunsten einer Rechtsvereinheitlichung stilisiert wurde.⁶⁵⁷

Die *ratio oeconomica* bezieht im Rahmen ihrer Betrachtungen auch die wirtschaftlichen Auswirkung einzelner Regelungsansätze ein. Ziel jeder wirtschaftlichen Analyse ist die Reduktion sozialer Kosten.⁶⁵⁸ Diese erfolgt vorliegend vor allem dann, wenn die Anzahl der Unfälle auf das kleinstmögliche Maß reduziert wird.⁶⁵⁹ Dies ist der Fall, wenn die Haftungsregelung eine Präventionswirkung entfaltet. Die vorangestellten Erwägungen über die Haftungsausgestaltung⁶⁶⁰ lassen den Schluss zu, dass auch aus ökonomischer Sicht die

⁶⁵⁴ Der Versuch einer Analyse gemeinsamer Werte im Rahmen der Außenhaftungszuweisung wurde vorliegend in Kap. 3 dargestellt.

⁶⁵⁵ Ulmer, vom deutschen zum europäischen Privatrecht?, JZ 1992, 7; Hondius, in: Hartkamp u.a. (Hrsg.), Towards a european civil code, Towards a european civil code, 18; Kötz, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, in: Festschrift für Zweigert, 490 f; Blaurock, Europäisches Privatrecht, JZ 1994, 276.

⁶⁵⁶ Magnus, Elemente eines europäischen Deliktsrechts, ZeuP 1998, 606.

⁶⁵⁷ Strömholm, Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung, RabelsZ 56 (1992), 617, 618.

⁶⁵⁸ Faure, Economic Analysis, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, 393 [119].

⁶⁵⁹ Faure, Economic Analysis, in: Koch/Koziol (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, 393 [119].

⁶⁶⁰ siehe Kap. 4.

Einführung einer Pflichtversicherung zur Abdeckung der Außenhaftungsrisiken geboten ist. Die vorgeschlagene Versicherungsregelung wird dem gerecht, indem sie die Prävention von Unfällen durch vertragliches Aufstellen von Sorgfaltspflichten⁶⁶¹ gewährleistet. Der Pflichtversicherer hat es in der Hand die Einhaltung der Sorgfaltspflichten von beiden, Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer, zu kontrollieren und darüber hinaus die Möglichkeit durch vertragliche Auflagen, Beitragserhöhungen, Regress- oder Kündigungsvorbehalte Pflichtverletzungen im Vorfeld eines Schadenseintritts zu ahnden.⁶⁶²

Wirtschaftliche Verzerrungen in einzelnen Mitgliedsstaaten können sich auch in anderer Hinsicht durch unterschiedliche Regelungen der Außenhaftung ergeben. Sachverhalte mit Außenhaftungsproblematik stellen zumeist rein innerstaatliche Vorgänge dar. Allein aufgrund einer mögliche Marktverzerrung kann dies jedoch nicht als Argument dafür angeführt werden, eine Behinderung des Marktes auszuschließen. Die unterschiedlichen Regelungen können vielmehr zu einer Inländerbenachteiligung führen, die ebenfalls eine Verzerrung des Marktes bewirkt.⁶⁶³ Verschieden Szenarien sind dabei denkbar.

Zum einen kann eine gravierende Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer in den unterschiedlichen Rechtssystemen eintreten. Innerhalb Europas kann der Arbeitnehmer sowohl einer fließenden oder keiner Haftungsbeschränkung ausgesetzt sein. Ein Arbeitnehmer in einem Rechtssystem mit Versicherungspflicht oder mit summenmäßiger Haftungsbeschränkung steht im Ergebnis besser als in einer Rechtsordnung die de facto eine uneingeschränkte Haftung festschreibt. Nimmt man beispielsweise den Fall eines Schadens, ausgelöst durch mittelschwere Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers, so haftet dieser im deutschen System zumindest anteilig bis zu einer unbegrenzten Höhe, unter englischem Recht jedoch gar nicht, in Italien, Spanien und Portugal dagegen vollständig und in Frankreich nur unter der Bedingung vollständig, dass er vom Dritten direkt in Anspruch genommen wird und sein Arbeitgeber keine Versicherung hat.⁶⁶⁴ Die Haftung kann daher selbst bei identischen Sachverhalten sehr unterschiedlich ausfallen. Im Haftungsfall verzeichnet der Arbeitnehmer im Falle einer weiten Haftung wie in Italien, Spanien oder Portugal eine Einkommensminderung. Ferner ist der Arbeitnehmer in einigen Rechtsordnungen mit einem zusätzlichen Prozessrisiko belastet, sofern

⁶⁶¹ Einerseits können gegenüber dem Arbeitgeber beispielsweise Kontroll-, Personalschulungs- oder Gerätstandhaltungspflichten festgelegt werden. Zum anderen kann der Versicherer auch den Arbeitnehmer zur Beachtung seiner Sorgfaltspflichten anhalten, sofern es den Versicherungen ermöglicht wird über das generelle Haftungskonzept hinaus individuelle partielle Regressrechte an den Verstoß gegen die vertraglich niedergelegten Verpflichtungen zu knüpfen.

⁶⁶² 4.3.3.2.3.1 und ausführlicher *Faure*, Economic Analysis, in: Koch/Koziol (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, 390 [105].

⁶⁶³ Soweit die „Inländerbenachteiligung“ im Sinne des europarechtlichen Begriffs nicht für alle Grundfreiheiten als Beschränkung anerkannt wird, kann es hierauf nicht ankommen, da im Rahmen einer generellen Analyse der Marktbeschränkung jedwede Erschwerung des freien Handels Berücksichtigung finden muss. Europarechtliche Erwägungen werden hier nur am Rande getroffen, da diese Ausführungen sowohl als Grundlage für europarechtliche als auch für primärrechtliche Maßnahmen dienen können.

⁶⁶⁴ Im Detail siehe Kap. 2.

Haftungsvoraussetzungen und –umfang gegebenenfalls noch durch Anrufung der Gerichte bestimmt werden müssen. Dem Grunde nach wirkt dieser Umstand auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit, denn sofern ein Arbeitnehmer die Wahl hat zwischen gleichen Arbeitsangeboten zu entscheiden wird er auch die Haftungsrisiken in die Abwägung miteinbeziehen. Als einzelner Faktor wird die Haftungsfrage zugegebenermaßen nicht den Ausschlag für eine Entscheidung für oder gegen eine Beschäftigung geben. Abgesehen von der soziologisch zu berücksichtigenden Benachteiligung die hieraus entsteht, kann aber auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit durch eine Gesamtschau der Haftungssituation mit anderen nachteiligen Umständen wie Steuergesetzgebung und Lohnnebenkosten, die den Arbeitnehmer treffen, beeinträchtigt werden. Im Gesamtzusammenhang ist es daher empfehlenswert die Anzahl der geringfügigen Einflüsse zu minimieren um eine kollektive Einwirkung dieser nachteiligen Rechtsregelungen auf den Markt zu vermeiden.

Zum anderen tragen die Unterschiede die durch eine Versicherungspflicht in einigen Ländern bewirkt werden zu einer Marktverzerrung bei. Die, wenn auch geringe, Belastung, die Unternehmen dadurch trifft, dass Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer zu versichern verpflichtet sind, schränkt deren Wettbewerbsfähigkeit ein. Gleiches gilt, wenn Arbeitgeber uneingeschränkt oder im großen Umfang für die durch Arbeitnehmer verursachten Schäden aufkommen und aufgrund der ihnen auferlegten Haftung Rücklagen bilden müssen. Hierbei kommt es nicht darauf an, wie schwer diese Einschränkung im Gegensatz zu anderen Pflichtausgaben wiegt, sondern lediglich auf die Tatsache, dass eine finanzielle und organisatorische Belastung auferlegt wird, welche andere Unternehmen auf dem Markt nicht oder anders trifft.⁶⁶⁵ Gegenüber ihren Konkurrenten haben Unternehmer die der Versicherungspflicht unterliegen oder Rücklagen bilden einen weiteren Faktor bei den Lohnnebenkosten zu berücksichtigen, die sie auf den Preis ihrer Produkte aufschlagen. Dies hat nicht nur Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der so verteuerten Waren, sondern wirkt auch gesamtwirtschaftlich, indem der Standort durch höhere Kosten auf dem Markt an Attraktivität verliert. Im Verhältnis zu Ländern in welchen die Haftungsbelastung bis zur Grenze der Insolvenz auf den Schultern der Arbeitnehmer liegt⁶⁶⁶, entsteht so eine Benachteiligung, die im äußersten zu einer Schwächung der Gesamtwirtschaft führen kann.

Gerade im Lichte der Ziele der europäischen Union ist vor diesem praktischen Hintergrund eine Harmonisierung der nationalen Regelungen erforderlich um im Sinne des Art. 2 EUV Wettbewerbsfähigkeit und soziale Gerechtigkeit zu fördern.⁶⁶⁷ Auf Seiten der Arbeitgeber

⁶⁶⁵ *Spier/Haazen*, The European Group on Tort Law („Tilburg Group“) and the European Principles of Tort Law, *ZeUP* 1999, 480; ähnlich die Argumentation der EG-Kommission (BT-Drucksache 12/180, 10) bereits im Rahmen der Vereinheitlichungsdiskussion der Haftung bei Dienstleistungen, dargestellt bei: *Walker/Lohkemper*, die vorgeschlagene EG-Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen und ihre Bedeutung für Haftungsfragen im Arbeitsrecht, *RdA* 1994, 106. Diese Argumentation als unbefriedigend gerügt haben *Joerges/Brüggemeier*, Europäisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft*, 330, allerdings ohne eine eigene Abwägung zu Gunsten oder zu Lasten eines europäischen Handlungsbedarfes im Haftungsrecht zu unternehmen.

⁶⁶⁶ Siehe Kap. 2.1, z.B. Italien und Spanien.

⁶⁶⁷ Die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen wird im Rahmen des gesamten europäischen

muss ein ungestörter Wettbewerb ermöglicht werden, der spezielle Lohnnebenkosten in einigen Staaten ausschließt. Gerade die Addition der diversen Anforderungen und Pflichten führt in der Summe zu einer unnötigen Belastung von Betrieben.

Andererseits ist es auch für den Arbeitnehmer wichtig durch eine Angleichung der sozialen Rechte innerhalb einer komplexer werdenden Arbeitswelt den Überblick über die ihm zustehenden Rechte und obliegenden Pflichten zu behalten. Ihm muss im Gegenzug Gleichbehandlung und soziale Gleichberechtigung widerfahren. Sozialer Schutz, also auch der Ausschluss des Risikos einer mit der unselbständigen Erwerbstätigkeit verbundenen Zahlungsunfähigkeit, ist als Maßgabe bei den hier zu treffenden Erwägungen zu berücksichtigen. Das Bestreben ist durch eine Harmonisierung der sozialen Strukturen eine Stabilisierung des wirtschaftlichen Fortschritts zu erreichen. Denn ein hoher sozialer Standard bietet auch für die Wirtschaft den Anreiz mit besser qualifizierten und motivierten Arbeitskräften in den Arbeitsabläufen die Effizienz und mithin die Produktivität zu erhöhen. Dies sind substantielle Voraussetzungen für eine ausgewogene und dauerhafte Wettbewerbsfähigkeit innerhalb eines Wirtschaftsraumes. Die Konzentration auf wenige qualifizierte Kräfte ermöglicht es den Unternehmen in Fortschritt zu investieren und damit einen echten Wettbewerb zu führen. Ein Unternehmen das sich allein auf gering bezahlte Mitarbeiter stützt, wird kein Wachstum erreichen können.⁶⁶⁸ Gleichzeitig ist die Sicherung der sozialen Verhältnisse auch Voraussetzung für eine Akzeptanz der Union in der europäischen Bevölkerung, die Einschnitte in ihre soziale Sicherung durch die EU nicht akzeptieren würden.⁶⁶⁹ Daher sind auch hinsichtlich des Belastungsrisikos und -umfanges weniger einschneidende Regelungen wie die der Außenhaftung zu harmonisieren. Gerade in Anbetracht der Tatsache, dass fast jeder Europäer in der einen oder anderen Hinsicht, als Arbeitnehmer oder Arbeitgeber, von der Haftungsproblematik betroffen ist, ist eine Harmonisierung der Außenhaftungsregelungen im Rahmen einer europäischen Zivilrechtskodifikation zugunsten einer sozial gerechten und ökonomisch zweckmäßigen Vereinheitlichung der nationalen Regelungen sinnvoll.

Zuletzt dient die Vereinheitlichung der Außenhaftungsproblematik auch dem Verbraucherschutz⁶⁷⁰, denn der geschädigte Dritte ist durch eine Haftungsregelung mit Versicherungsbeteiligung vor einem Insolvenzrisiko des Haftpflichtigen geschützt. Die Vereinheitlichung des Haftungsrechts führt auch zu Rechtssicherheit. Der Geschädigte kann innerhalb Europas die selben Haftungsstrukturen erwarten, die Rechtsdurchsetzung wird überschaubar und kalkulierbar, unabhängig von Ort des Delikts oder Nationalität des Schädigers oder Geschädigten. Ein Rückgriff auf für den Laien unverständliche

Haftungsrechts zunehmend als Grund einer Rechtsvereinheitlichung angesehen, *Deutsch*, Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht, Karlsruher Forum 1992, 5.

⁶⁶⁸ *Sengenberger*, aaO.

⁶⁶⁹ *Sengenberger*, Labour Standards: An institutional Framework for Restructuring and Development, in: *Sengenberger/ Campell*, Creating Economic Opportunities, 195.

⁶⁷⁰ So wurde auch im europäischen Haftungsrecht häufig auf den Verbraucherschutz abgestellt um eine Harmonisierung zu begründen; *Deutsch*, Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht, Karlsruher Forum 1992, 5 f.

Kollisionsregelungen entfällt. Rechtssicherheit und –klarheit machen das Recht zugänglich. Ein Blick auf die Kraftfahrzeugversicherungsregelungen zeigt die Praxistauglichkeit eines Versicherungssystems, welches sich in ganz Europa zugunsten aller Beteiligten etabliert hat.

5.1.4 Schlussfolgerung

Angesichts der Vorteile die durch eine Vereinheitlichung der Außenhaftungsregelung für den gemeinsamen Markt, den freien Wirtschaftsverkehr und die soziale Gleichbehandlung von Arbeitnehmern bewirkt werden können, ist eine Angleichung der unterschiedlichen Außenhaftungsregelungen innerhalb Europas erstrebenswert. Trotz dieser Vorzüge sollte eine Neuregelung jedoch nicht losgelöst von der Schaffung eines einheitlichen europäischen Zivilrechts, in welcher Form auch immer, erfolgen. Es besteht sonst die Gefahr zu der verwirrenden Rechtsvielfalt beizutragen, so dass die Rechtsanwendung erschwert, nicht erleichtert, würde. Die Außenhaftung mag zudem nicht das vorderste Problem sein, welches durch Rechtsangleichung gelöst werden sollte. Zuletzt ist auch zu berücksichtigen, dass eine umfassende Zivilrechtsvereinheitlichung einer ausführlichen Vorbereitung bedarf, so dass sich die Verwirklichung eines wie auch immer gearteten europäischen Zivilgesetzbuchs noch über einige Jahre hinziehen wird. Dennoch ist die Realisierung eines so umfassenden Projektes nur dann möglich, wenn erste Schritte unternommen werden.

5.2 Harmonisierungsmaßnahmen

Die Art und Weise einer Harmonisierung kann verschiedene Gesichter haben. Eine umfängliche Vereinheitlichung des Rechts hat bisher nicht stattgefunden. Innerhalb Europas lassen sich jedoch diverse Ansätze zu einer Rechtsangleichung finden. Diese verteilen sich über das gesamte Zivilrecht und sind auch im Haftungsrecht gegeben. Beispielsweise wurden sowohl Regelungen durch Staatsverträge⁶⁷¹ als auch durch

⁶⁷¹ Beispiel für Verträge im Bereich des Haftpflichtversicherungsschutzes: Londoner Grüne Karte Abkommen, näher: v. *Hoffmann*, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 40 EGBGB, Rz. 459 ff.; andere Verträge mit außervertraglichem Haftungsrecht: Übereinkommen über die Haftung von Gastwirten für die von ihren Gästen eingebrachten Sachen vom 17.12.1962 (BGBl. 1966, II, 269 ff.); Übereinkommen zur einheitlichen Feststellung von Regeln über den Zusammenstoß von Schiffen vom 23.9.1910 (RGBl. 1913, 49 ff.); Londoner Übereinkommen über die Beschränkungen der Haftung für Seeforderungen vom 19.11.1976 (BGBl. 1986, II, 787 ff.); Genfer Internationales Übereinkommen zur Vereinheitlichung einzelner Regeln über den Zusammenstoß von Binnenschiffen vom 15.3.1960 (BGBl. 1972, II, 1005); Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr vom 19.5.1965 (BGBl. 1961, II, 1119); Warschauer Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 12.10.1929 in der Fassung des Haager Protokolls vom 28.9.1955 (BGBl. 1958, II, 291); Übereinkommen über den Internationalen Eisenbahnverkehr vom 9.5.1980 (BGBl. 1985, II, 179 ff.); Pariser Übereinkommen über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie vom 29.7.1960 und Brüsseler Zusatzübereinkommen vom 31.1.1963 mit den jeweiligen Zusatzprotokoll vom 28.1.1964 und Änderungsprotokoll vom 16.11.1984 (BGBl. 1975, II, 957; BGBl. 1985, II, 690); Brüsseler Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung bei der Beförderung von Kernmaterial auf See vom 17.12.1971; Internationales Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung für

Sekundärrecht⁶⁷² der europäischen Gemeinschaft getroffen. Neben diesen Maßnahmen stehen auch vielfältige andere Rechtssetzungsinstrumente zur Verfügung um ein einheitliches Privatrecht zu schaffen.

5.2.1 Staatsvertrag

Das klassische Instrument der Rechtsvereinheitlichung ist zunächst der Staatsvertrag.⁶⁷³ Ein solcher könnte in Form eines Europäischen Bürgerlichen Gesetzbuchs verabschiedet werden. Auf dem europäischen Kontinent hat sich die Kodifikation allgemein als „Ausdruck und Garant des Systemdenkens“ empfohlen.⁶⁷⁴ Ein solches, für die umfassende Rechtsgestaltung notwendiges, Systemdenken ist nur dann gewährleistet, wenn die Rechtssetzung sich nicht auf die punktuelle Regelung einzelner Sachverhalte erschöpft, sondern Schlussfolgerungen hinsichtlich neuer Konfliktlagen im stetigen technischen und sozio-ökonomischen Wandel zu gewährleisten.⁶⁷⁵ Daher ist auch dem Argument, der Staatsvertrag wirke hemmend auf die dezentralen Rechtsentwicklungen⁶⁷⁶, entgegenzutreten. Zwar ist richtig, dass national individuelle Entwicklungen aufgrund ihres, das Verantwortungsbewusstsein fördernden, Charakters und der größeren Anpassung an regionale Unterschiede wünschenswert sind⁶⁷⁷, eine einheitliche Regelung ist so jedoch nicht zu verwirklichen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Staatsvertrag eine bewährte Methode ist, um fundamentale Rechtsänderungen in einzelnen Staaten durchzusetzen.⁶⁷⁸

Ölverschmutzungsschäden vom 29.11.1969 (BGBl. 1975, II, 301 ff.); Übereinkommen über die Errichtung eines Internationalen Fonds zur Entscheidung von Ölverschmutzungsschäden vom 18.12.1971 und Änderungsprotokollen vom 19.11.1976, 25.5.1984, 27.11.1992 (BGBl. 1975, II, 301 ff.); Europäisches Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch umweltgefährdende Tätigkeiten vom 21.6.1993 (PHi 1993, 196 ff, 211 ff.). Eine Aufstellung weiterer zivilrechtlich relevanter Staatsverträge wie dem CISG bei v. Bar, gemeineuropäisches Deliktsrecht Bd. 1, 374 ff.; v. Hoffmann, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 40 EGBGB.

⁶⁷² für durch Richtlinien geregeltes Haftungsrecht v. Bar, gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. 1, 389.

⁶⁷³ v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band 1, 369; Tomuschat, Die internationale Gemeinschaft, in: Tomuschat u.a. (Hrsg.), Europäische Integration und nationale Rechtskulturen, 9 f; Oberkofler, Europäisches Deliktsrecht – Gedanken der Realisierbarkeit, ÖJZ 53 (1998), 502.

⁶⁷⁴ Schmidt, Die Zukunft der Kodifikationsidee (1985), 39; Basedow, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 471.

⁶⁷⁵ Basedow, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 471. So erscheinen jedoch die bisher ergangenen Regelungen durch Staatsverträge eher einem Flickenteppich zu gleichen. Eine einheitliche Rechtssystematik wird bislang durch die bestehenden Übereinkommen nicht vermittelt, die Situation stellt mehr ein „unkoordiniertes Nebeneinander der Verträge“ dar - Magnus, Elemente eines europäischen Deliktsrechts, ZeuP 1998, 607.

⁶⁷⁶ Taupitz, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 70.

⁶⁷⁷ Taupitz, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 70.

⁶⁷⁸ Herber, Gesetzgebungsprobleme bei der internationalen Zivilrechtsvereinheitlichung, Zeitschrift für Gesetzgebung 2 (1987), 25.

Im Gegensatz zu der Sekundärrechtsetzung der Europäischen Union erfordert er beispielsweise kein Ringen um die Findung einer tauglichen Rechtsgrundlage.⁶⁷⁹ Hingegen steht er nicht nur den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union offen. Partizipieren können vielmehr jetzt und in Zukunft alle Staaten unabhängig von ihrer politischen Zuordnung.⁶⁸⁰

Dennoch ist der Rückgriff auf den Staatsvertrag nicht unkompliziert. Für einige Problemstellungen lassen sich leichte Lösungen finden.⁶⁸¹ So kann beispielsweise das Sprachenproblem⁶⁸² durch parallele Arbeiten von Juristen aller Nationalitäten behoben werden. Die Erfahrung hat erwiesen, dass die parallele Arbeit in verschiedenen Sprachen zudem zu einer umfassenden Klärung von Rechtskonzepten und Regeln führt, weil Unklarheiten nicht unter dem Mantel der Originärsprache versteckt werden können.⁶⁸³ Ein einheitliches Recht kann auch zur Herausbildung einheitlicher Terminologie und eines gemeinsamen Rechtsbewusstseins führen und so zu der Lösung der Sprachenfrage beitragen.⁶⁸⁴

Hauptaugenmerk ist jedoch der mangelnden Flexibilität und Bindungswirkung von Staatsverträgen zu widmen. Die legislatorische Rechtsvereinheitlichung, egal in welcher Form, wird im gesamteuropäischen Kontext schwerfällig, lückenhaft und langsam sein.⁶⁸⁵ Nicht nur, dass die Freiheit der Nationen an einer Privatrechtsvereinheitlichung zu

⁶⁷⁹ *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: Hartkamp u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 78.

⁶⁸⁰ *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: Hartkamp u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 78.

⁶⁸¹ Andere als Probleme dargestellte Thesen entbehren dagegen bereits der sachlichen nachzuweisenden Grundlagen. Wie beispielsweise die Behauptung, die mit der Erstellung einer Kodifizierung betrauten Juristen stünden in Gefahr aufgrund des berufsständischen Interesses an einer Vermehrung der Komplexität von Normen und Ordnungen zu Lasten eines echten Anpassungsvorganges auf den Märkten zu arbeiten, *Mertens*, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992), 222.

⁶⁸² Ausführlich zu der Problematik: *Repgen*, Europäisierung des Privatrechts durch Wiederbelebung des *ius commune*?, *JbJgZ* 1997, 29; *Blaurock*, Wege zur Rechtseinheit in Europa, in: *Starck* (Hrsg.) Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 95; *Herber*, Gesetzgebungsprobleme bei der internationalen Zivilrechtsvereinheitlichung, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2 (1987), 19; *Großfeld/Bilda*, Europäische Rechtsangleichung, *ZfRV* 1992, 429 f; *Großfeld/Bilda*, Europäische Rechtsangleichung, *ZfRV* 1992, 430; *Martiny*, Europäisches Privatrecht –greifbar oder unerreichbar?, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 16; *Kieninger*, 100 Jahre BGB- Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, *JbJgZ* 1996, 259.

⁶⁸³ *Flessner*, Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung, *RabelsZ* 56 (1992), 258; *Kerameus*, Problems of drafting a European Civil Code, *EuZP*, 1997, 480.

⁶⁸⁴ *Kieninger*, 100 Jahre BGB- Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, *JbJgZ* 1996, 259.

⁶⁸⁵ *Mertens*, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992), 220; explizit gegen den staatsvertragliche Regelung gerichtet: *Schwartz*, Wege zur EG-Rechtsvereinheitlichung, in: *FS für von Caemmerer*, 1072; *Herber*, Gesetzgebungsprobleme bei der internationalen Zivilrechtsvereinheitlichung, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2 (1987), 27; *Kegel*, Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung, in: *Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa*, 45.

partizipieren den Nachteil hat, dass die Gefahr droht bei mangelnder Teilnahme der europäischen Staaten gerade keine Rechtsvereinheitlichung zu erreichen.⁶⁸⁶ Veränderungen des Rechts werden darüber hinaus durch den Weg der Normsetzung erschwert, es droht eine Versteinerung der Rechts, der Wettbewerb verschiedener nationaler Rechtsordnungen um die beste Lösung eines Rechtsproblems wird behindert. Ein europäisches Bürgerliches Gesetzbuch könnte ferner mit anderen Staatsverträgen kollidieren.⁶⁸⁷ Neue Normen können sich nicht dezentral entwickeln und es besteht die Gefahr, dass ungleiche Sachverhalte, Kulturen, Nationalitäten nicht ihrer Art nach auch ungleich behandelt werden.⁶⁸⁸

Die Möglichkeit die Flexibilität eines Übereinkommens durch eine Bindungswirkung von Änderungsbeschlüssen auf Mehrheitsbasis zu erwirken, wird an politischen Barrieren scheitern. Zwar wurden Mehrheitsbeschlüsse im Rahmen von Staatsverträgen bereits begrenzt eingeführt, sie beziehen sich jedoch auf unkontroverse Elemente wie Anpassung von Geldbeträgen, nicht aber auf materiell elementare Regelungen.⁶⁸⁹ Die Wahrung der Flexibilität durch die Beschränkung der Vereinheitlichung auf Mindeststandards zu gewährleisten⁶⁹⁰ wird ebenfalls kritisch gesehen. Denn der Verzicht auf Detailregelungen kann andererseits dazu führen, dass die notwendige zentrale Regelungsbildung nicht stattfindet. Vielmehr könnte dies unvollständige Normen kreieren, die die Rechtsanwendung erschweren und das Verhältnis von nationalem und Einheitsrecht missverständlich gestalten. Dennoch tut eine Auswahl der Regelungsgegenstände Not, um diese Problematik nicht herauszufordern.⁶⁹¹ Denn die Rechtsvereinheitlichung durch Staatsvertrag ist zusätzlich der Gefahr ausgesetzt über Bedarf zu regulieren. Also Rechtsgebiete zu regeln, welche in der Praxis keiner Regelung bedürfen und damit überflüssige, wenn nicht sogar irreführende Normen zu schaffen.⁶⁹² Im Gegensatz zu

⁶⁸⁶ *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: Hartkamp u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 79; zur zögerlichen Beteiligung von Staaten an freiwilligen Übereinkommen, *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 31 f.

⁶⁸⁷ dazu: *Majoros*, Konflikte zwischen Staatsverträgen auf dem Gebiete des Privatrechts, *RabelsZ* 46 (1982), 84 ff.

⁶⁸⁸ *Van Gerven*, Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code, *EuZP*, 1997, 466; *Mertens*, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992), 220, 221; *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 70; *Taupitz*, Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG, *JZ* 1993, 538.

⁶⁸⁹ *Herber*, Gesetzgebungsprobleme bei der internationalen Zivilrechtsvereinheitlichung, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2 (1987), 29.

⁶⁹⁰ v. *Hippel*, bei *Berg*, Diskussionsbericht zum Symposium „Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung“, *RabelsZ* 50 (1986), 236, *Behrens*, Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 50 (1986), 32.

⁶⁹¹ *Herber und Mestmäcker*, bei *Berg*, Diskussionsbericht zum Symposium „Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung“, *RabelsZ* 50 (1986), 237.

⁶⁹² *Mertens*, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992), 220.

nichtlegislatorischer Rechtsangleichung droht eine Kodifizierung der Rechtsvereinheitlichung auf dem politischen Weg, den jede Norm passiert, mehr von politischem Widerstand als den wirtschaftlichen Bedürfnissen geprägt zu werden. Zudem wird legislatorische Rechtsetzung, aufgrund seiner primär dogmatisch-systematischen Ausrichtung keine Vereinheitlichung der Lebensverhältnisse und reale Gleichbehandlung der zugrundeliegenden sozialen Probleme schaffen, denn brisante politische und wirtschaftsrechtliche Fragen bleiben hierbei zumeist ausgeklammert.⁶⁹³ Die Statik der Regelungen eines Staatsvertrages ist gerade hinsichtlich des sich unentwegt von Neuerungen beeinflussten Zivilrechts⁶⁹⁴ schädlich.⁶⁹⁵ Notwendig wäre daher gleichzeitig, wie im Rahmen der EU geplant, eine Vereinfachung der Entscheidungsstrukturen zu erarbeiten. Dies könnte beispielsweise über Revisionsklauseln im Vertrag selbst erfolgen. Diskutiert wird ferner die Einführung kurzer Kündigungsfristen oder Klauseln, welche den Abschluss vorrangiger neuer Staatsverträge über betroffene Regelungsgegenstände erlauben, eine Kombination von paritätischer Revisionsklausel und Kündigungsrecht der überstimmten Staaten⁶⁹⁶ oder nationale Abänderungsbefugnisse, die nach Mitteilung der Änderungsabsicht und Wartezeiten eine nationale Modifikation des Rechts zulassen.⁶⁹⁷ Eventuell bietet sich auch hier eine Koppelung an Entscheidungsmuster im Rahmen des EGV an. Keine dieser Alternativen kann aber Antwort darauf geben, ob die Segnungen solch nationalen Anpassungsverhaltens die damit verbundene erneute Aufsplitterung des Rechts rechtfertigen.

Ferner wird eingewandt es fehle an einer Garantie einheitlicher letztinstanzlicher Interpretation eines solchen Vertrages, wie es in der europäischen Union durch den EuGH möglich ist.⁶⁹⁸ Die einheitliche Auslegung und Anwendung sei nicht gewährleistet. Auch dieses Argument lässt sich durch eine Anknüpfung des Vertrages an die Zuständigkeit des EuGH entkräften.⁶⁹⁹ So könnte eine Bezugnahme auf Art. 234 EGV erfolgen.

⁶⁹³ *Taschner*, Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 233.

⁶⁹⁴ Man denke nur an die Einführung neuer Vertragstypen oder die Anpassung der Zugangsregelungen an die modernen Technologien.

⁶⁹⁵ *Mertens*, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992), 221.

⁶⁹⁶ v. *Overbeck*, *Steindorff*, *Drobning*, *Kropholler* und *Herber*, bei: *Berg*, Diskussionsbericht zum Symposium „Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung“, *RabelsZ* 50 (1986), 237.

⁶⁹⁷ *Remien*, Europäisches Einheitsrecht mit nationaler Abänderungsbefugnis?, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, 128 ff; *Remien*, Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts, *JbJgZ* 1991, 39 f.

⁶⁹⁸ *Kötz*, Rechtsvereinheitlichung: Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 56 (1986), 7,8; *Tilmann*, The legal basis for a European Civil Code, *EuZP*, 1997, 471; *Riese*, Einheitliche Gerichtsbarkeit für einheitliches Recht, *RabelsZ* 26 (1961), 604 ff, der noch nicht mit einem internationalen Gericht mit Revisionsbefugnis wie dem EuGH zu rechnen wagt.

⁶⁹⁹ *Mansel*, Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit, *JZ* 1991, 532; *Koopmans*, Towards a European Civil Code? *EuZP* 1997, 542; *Van Gerven*, Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?, *EuZP*, 1997, 468; auf die Schwierigkeiten bei der Sicherung der

Entsprechend wurde dem EuGH bereits durch Auslegungsprotokolle die Auslegungskompetenz für das EuGVÜ⁷⁰⁰ und das EVÜ⁷⁰¹ zugewiesen.

Zwar ist es unrealistisch eine Vereinheitlichung des nationalen Rechts in absehbarer Zeit zu erwarten. Eine Umsetzung könnte auch zunächst schrittweise erfolgen, indem ein Zivilrechtskodex als Reserveordnung zur Verfügung gestellt wird.⁷⁰² Auf lange Sicht gesehen ist die bindende Einigung auf ein Zivilgesetzbuch in Form des Staatsvertrages jedoch durchaus zu erwarten.⁷⁰³

5.2.2 Nichtlegislatorische Maßnahmen

Aufgrund der erwähnten Nachteile einer kodifizierten Rechtsetzung werden häufig auch Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung genannt. Sei es durch die Rechtsprechung, eine Vereinbarung der am Wirtschaftsverkehr Beteiligten, deren internationalen oder nationalen Organisationen oder durch die Rechtswissenschaft, deren Einfluss auf die Juristen, quasi „von innen“ zu einer Umformung des Rechts führen kann. Diskutiert wird ferner die Ausarbeitung gemeinsamer Grundsätze⁷⁰⁴ zur Annäherung der nationalen Rechtsordnungen sowie die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts anstelle des Sachrechts. Da die Problematik der Außenhaftung im Gesamtzusammenhang mit einem einheitlichen europäischen Zivilrecht geregelt werden soll, bietet sich die zuvor analysierte Rechtsetzung durch einen Staatsvertrag an. Denn die Dominanz der legislativen Rechtsvereinheitlichung ist begründet. Anders als die erwähnten Angleichungsalternativen bietet die Vereinheitlichung durch kodifiziertes Recht die Vorteile, dass sie sich wirkungsvoller politisch vermarkten lässt. Entgegen anderen, langsam zur Vereinheitlichung führenden Möglichkeiten zeigen Kodifikationen sofortige, konstante und erkennbare Ergebnisse und setzen dadurch sichtbare Zeichen. Dabei ist auch der integrative Aspekt zu berücksichtigen.⁷⁰⁵ Dennoch soll hier zumindest eine Auswahl der

Auslegung und Anwendung von Übereinkommen trotz Einbeziehung des EuGH hinweisend: *Schwartz*, Wege zur EG-Rechtsvereinheitlichung, in: FS für von Caemmerer, 1103 ff.; *Kieninger*, 100 Jahre BGB- Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, JbJgZ 1996, 257 ff; schon früh auf die Notwendigkeit hinweisend, allerdings noch ohne die Möglichkeit des Rückgriffs auf den EuGH kennend: *Kegel*, Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung, in: Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, 44.

⁷⁰⁰ Auslegungsprotokoll vom 3. Juni 1971, Abl. EG Nr. C 189/25 vom 28.07.1990.

⁷⁰¹ Auslegungsprotokolle vom 19. Dezember 1988, Abl. EG Nr. C 219/19 vom 3.9.1990.

⁷⁰² *Tilmann*, Kommentar zum Symposium: Kodifikation des wirtschaftsnahen Zivilrechts in der EG, NJW 1991, 3266.

⁷⁰³ Zur genauen Ausgestaltung und Umsetzung eines Staatsvertrages näher: *Herber*, Gesetzgebungsprobleme bei der internationalen Zivilrechtsvereinheitlichung, Zeitschrift für Gesetzgebung 2 (1987), 17 ff, Zusammenfassung: 41 f.

⁷⁰⁴ Wie denen durch die Lando Gruppe erstellten Principles of Contract Law, oder im Bereich des Zivilprozessrechts durch die *Storrie*-Kommission aufgestellten Grundsätze, auch: *Behrens*, Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung, RabelsZ 50 (1986), 32.

⁷⁰⁵ *Taupitz*, Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?,

möglichen Angleichungsansätze in der Diskussion Berücksichtigung finden, die die Nachteile gegenüber einem durch Staatsvertrag geregelten Zivilgesetzbuch eventuell durch Vorteile wie Flexibilität und geringere Eingriffe in die nationalen Rechtsordnungen ausgleichen können.

5.2.2.1 Modellgesetz

Modellgesetze sind frei wählbare Gesetzbücher und damit Teil der sogenannten „paralegalen“ Normbildung.⁷⁰⁶ Sie stehen selbständig neben dem nationalen und internationalen Recht.⁷⁰⁷ Es entstehen daher keine völkerrechtlichen Verpflichtungen.⁷⁰⁸ Entwickelt wurden Modellgesetze bisher zumeist durch internationale Organisationen⁷⁰⁹ bzw. Kommissionen und Interessenverbände. Um ihnen Geltung zu verleihen wählen die Betroffenen das Gesetz als anwendbares Recht. Es gilt dann vorrangig vor den abdingbaren Regeln.

Modellgesetze bieten verschiedene Vorteile. So kann bereits in kleinem Kreis eine Rechtsentwicklung stattfinden, die die spätere Praxistauglichkeit der Regelungen erhöht.⁷¹⁰ Zudem können interessierte Staaten und Verkehrskreise partizipieren ohne zunächst großen Umstellungsaufwand betreiben zu müssen.⁷¹¹ Dem steht auch das hier zur Diskussion stehende Rechtsgebiet der Arbeitnehmerrückstellungen nicht entgegen. Zwar ist es im Arbeitsrecht noch nicht üblich Sonderregeln zu vereinbaren, es sind jedoch auch keine Gründe ersichtlich, weshalb ein umfassendes Zivilrechtsmodellgesetz nicht auch zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern Anwendung finden sollte. Insofern ist auch das Arbeitsverhältnis eine Rechtsbeziehung die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen unterworfen ist. Ferner könnte ein solches alternatives Zivilgesetzbuch nach einigen Jahren Praxiserprobung als Staatsvertrag umgesetzt werden.⁷¹² Hierbei könnte durch das Nebeneinander von nationalem Recht und Modellgesetz eine Anpassung des Einheitsrechts an die speziellen regionale Gegebenheiten gewährleistet werden, die durch eine starre

JZ 1993, 534.

⁷⁰⁶ Zum Begriff der „paralegalen Normbildung“ mit Beispielen: *Mertens*, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992), 224.

⁷⁰⁷ *Herber*, Gesetzgebungsprobleme bei der internationalen Zivilrechtsvereinheitlichung, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2 (1987), 23. Als Beispiel sei der amerikanische *Uniform Commercial Code* angeführt, der in den Vereinigten Staaten von allen Einzelstaaten übernommen wurde.

⁷⁰⁸ *Kramer*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, *JBl.* 1988, 484.

⁷⁰⁹ wie beispielsweise UNCITRAL.

⁷¹⁰ Für ein Modellgesetz auch: *Kötz*, Rechtsvereinheitlichung: Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 56 (1986), 12.

⁷¹¹ *Koopmans*, Towards a European Civil Code? *EuZP* 1997, 542.

⁷¹² *Tilman*, Kommentar zum Symposium: Kodifikation des wirtschaftsnahen Zivilrechts in der EG, *NJW* 1991, 3266.

staatsvertragliche Regelung des Zivilrechts nicht möglich wäre. Die damit verbundene Flexibilität führt zu gerechten Sachlösungen, denn ungleiche Tatbestände können von Gerichten durch das Nebeneinander der verschiedenen Normen ungleich geregelt werden, indem beispielsweise regionale Rechtsprinzipien als unabdingbar gehandhabt werden.⁷¹³

Dagegen wird zwar eingewandt, dass eine Vereinheitlichung nur von allen Staaten der Union gemeinsam en bloc vorgenommen werden sollte, da partielles Einheitsrecht neue innergemeinschaftliche Disharmonie bringt, insbesondere, wenn Drittstaaten mit beteiligt sein sollten.⁷¹⁴ Eine Vereinheitlichung des komplexen Zivilrechts ist jedoch darauf angewiesen sachgerechte Lösungen anzubieten. Ein gesetzgeberischer Rundumschlag dient weder der Sache der Rechtsvereinheitlichung noch dem Bedürfnis nach billiger Rechtsetzung. Das, wenn auch auf lange Sicht nur vorübergehende, Nebeneinander von Modellgesetz und nationalem Zivilrecht ist Garant einer sanften und angemessenen Rechtsangleichung, wie sie durch Staatsvertrag nicht erreicht werden kann. Die Beteiligung der Mitgliedsstaaten der Union könnte durch die Sendung nationaler Sachverständiger zu dem das Modellgesetz erstellenden Gremium gesichert werden. Eine solche Beteiligung ist angesichts der wünschenswerten sachlichen Einbindung der Staaten und der Berücksichtigung bestehender Regelungsansätze empfehlenswert. Aufgrund dieser Möglichkeit und im Hinblick auf das grundsätzlich in der Europäischen Union anwendbare Subsidiaritätsprinzip ist die Federführung eines solchen Projektes durch die europäischen Gemeinschaften oder die EU abzulehnen.

Praktisch könnte ein solches Modellgesetz auch wie ein Staatsvertrag an die Zuständigkeit des EuGH gebunden werden, so dass die einheitliche Auslegung gewährleistet wäre. Von Vorteil ist auch die Möglichkeit die Rechtsentwicklung unabhängig von einzelnen Staaten und der Union zu betreiben.⁷¹⁵ Sofern dies gewünscht ist, um bei der Erstellung eines Kodex nicht nur von politischen Gegebenheiten beeinflusst zu werden, könnte die Entwicklung des Zivilrechtsmodellgesetzes durch die Wissenschaft⁷¹⁶ erfolgen.

Gegen die Heranziehung paralegalen Rechts wie der Modellgesetze wird angeführt, dass verfassungsrechtliche Institutionen und Gewährleistungen unterlaufen werden.⁷¹⁷ Insbesondere ist zweifelhaft ob bei der Entwicklung der Normen durch nichtstaatliche Forschungsprojekte und die freie Distribution der Regelungen die demokratische Legitimation gewährleistet ist. Je nachdem wer die Finanzierung der Entwicklung

⁷¹³ In diesem Sinne auch: *Behrens*, Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung, *RabelsZ* 50 (1986), 32.

⁷¹⁴ v. *Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band 1, 369.

⁷¹⁵ *Koopmans*, *Towards a European Civil Code?* *EuZP* 1997, 543.

⁷¹⁶ z.B. in Form eines Expertengremiums unter Teilnahme von Praktikern und Hochschulangehörigen.

⁷¹⁷ *Mertens*, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992), 239; Zur Problematik vor dem Hintergrund technischer Regeln auch: *Denninger*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 117 ff, zusammenfassend 194 ff.

übernimmt besteht ferner die Gefahr, dass einseitige Interessen durch die Rechtsetzung vertreten werden. Dadurch droht eine Benachteiligung bestimmter Verkehrskreise.⁷¹⁸ Beide Einwände können jedoch durch die Steuerung der Entwicklung durch legitimierte Einrichtungen entkräftet werden. In Betracht kommt beispielsweise die Berufung eines Ausschusses des Europäischen Parlaments oder eines gesondert von der europäischen Union geschaffenen Gremiums. Weiterhin könnte auch die Finanzierung durch die Mitgliedsstaaten der Union gewährt werden.

Zuletzt ist solches Rechts bei der Anwendung durch Gerichte Beschränkungen unterworfen. Der Richter muss nicht nur bei der Berufung nichtstaatlicher Regelungswerke darauf achten, dass sie als Rechtsgrundlage einer Entscheidung verfassungsrechtlich verantwortet werden können. Er muss auch im übrigen einen zurückhaltenden Umgang pflegen, denn er darf weder den Erwartungshorizont der Parteien überschreiten noch sich dem daneben anwendbaren Recht entziehen.⁷¹⁹ Dies erfordert zwar andere, jedoch nicht auch schwerer zu handhabende Fähigkeiten im Umgang mit geschriebenem Recht, als dies bei regulärer Normsetzung der Fall ist.

Die Entwicklung einer Zivilrechtsangleichung durch das Instrument des Modellgesetzes bietet somit eine Reihe von Vorteilen, die auch durch leise Kritik nicht von der Hand gewiesen werden können.

5.2.2.2 Kollisionsrechtsvereinheitlichung

Häufig wird argumentiert, eine Vereinheitlichung des Kollisionsrechts⁷²⁰ sei gegenüber einer Sachrechtsvereinheitlichung rechtstechnisch leichter durchsetzbar. Ferner biete sie Aussicht auf eine längere Lebensdauer, da weniger Kompromisse hinsichtlich nationaler Grundwerte und des politisch sensiblen Zivilrechts notwendig seien um eine Einigung zu erzielen. Eine solche Art der Rechtsangleichung sei auch schonender, da sie weniger in einzelstaatliche Hoheitsrechte eingreife und die Gefahr der Bildung eines zentralistischen Superstaats vermindere.⁷²¹ Abgesehen von diesen Punkten sei eine Vereinheitlichung des Kollisionsrechts auch die sinnvollere Variante der Rechtsangleichung, denn sie gewähre als einzige, dass dem Gedanken der Gleichbehandlung Rechnung getragen werde. Die

⁷¹⁸ Mertens, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992), 239.

⁷¹⁹ So vor allem im Bezug auf die gesamte „*lex mercatoria*“: Mertens, Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, *RabelsZ* 56 (1992), 239, 240.

⁷²⁰ Zur Funktion des Kollisionsrechts bei zunehmender Globalisierung: Behrens, Die Bedeutung des Kollisionsrechts für die „Globalisierung“ der Wirtschaft, in: Basedow u.a. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, 385 ff.

⁷²¹ Taupitz, Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?, *JZ* 1993, 538; Pechstein, Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnisse der EG, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, 20.

Vereinheitlichung des Sachrechts trage nämlich nicht den unterschiedlichen kulturellen, wirtschaftlichen, nationalen und sozialen Gegebenheiten der einzelnen Staaten Rechnung. Im Gegenteil führe die exzessive Harmonisierung des Sachrechts durch unbegründete Gleichbehandlung und komplizierte Rechtslagen zu einer schädlichen Hemmung der wirtschaftlichen Entwicklung.⁷²² Gleichbehandlung bedeute in diesem Kontext auch die Ungleichbehandlung ungleicher Situationen.⁷²³ Allerdings wird auch bekannt, dass es hierbei weniger um ein „entweder-oder“ zwischen Sachrechts- und Kollisionsrechtsvereinheitlichung geht, sondern ein nebeneinander beider gefordert ist.⁷²⁴ Im vorliegenden Fall der Außenhaftung dient die Vereinheitlichung jedoch dazu, Ungleichbehandlungen durch nationales Recht im Hinblick auf andere nationale Rechte zu vermeiden. Die Vereinheitlichung von Kollisionsrecht würde lediglich dazu führen, dass Fälle mit Auslandsbezug ihrer konkreten Ausgestaltung nach immer nach demselben nationalen Recht beurteilt würden. Die Differenzen zwischen den nationalen Rechten würden hingegen nicht aufgehoben. Die vorherrschende Problematik der wirtschaftlichen Benachteiligung im internationalen Vergleich wird daher nicht durch eine Kollisionsrechtsvereinheitlichung gelöst.⁷²⁵

Auch hinsichtlich der damit einhergehenden Trennung von internationalen und nationalen Sachverhalten ist eine Kollisionsrechtsvereinheitlichung nicht ratsam. Vielmehr würde die Betonung des internationalen Elements dazu führen, dass die von den europäischen Staaten geforderte gegenseitige Integration durch die Hervorhebung des Internationalen gehindert wird. Innerhalb der EU sollte daher die Entfernung des internationalen Elements im Vordergrund stehen.⁷²⁶ Der Ruf nach einer Sachrechtsangleichung ist demnach gerechtfertigt.

5.2.2.3 Gegenseitige Anerkennung

Rechtsangleichung durch gegenseitige Anerkennung wurde unter anderem im Rahmen des Dienstleistungsverkehrs der Banken und bei der Anerkennung von Hochschuldiplomen diskutiert.⁷²⁷ Dabei gehen die teilnehmenden Staaten davon aus, dass die anzuerkennenden

⁷²² Rittner, Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration, JZ 1995, 853.

⁷²³ Taupitz, Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?, JZ 1993, 538.

⁷²⁴ Taupitz, Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?, JZ 1993, 539; Kramer, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, JBl. 1988, 482; Taupitz, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 63 f.

⁷²⁵ so auch: Lubitz, Die Angleichung des Privatrechts in den Mitgliedsstaaten durch die europäische Richtlinie und Verordnung, 10 f; Martiny, Europäisches Privatrecht –greifbar oder unerreichbar?, in: Martiny/Witzleb (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 10.

⁷²⁶ Kerameus, Problems of drafting a European Civil Code, EuZP, 1997, 479.

⁷²⁷ Wolf, Privates Bankvertragsrecht im EG- Binnenmarkt, WM 1990, 1942, 1944 ff; auch die Europäische Kommission hat sich in vielen Bereichen für die gegenseitige Anerkennung ausgesprochen, Weißbuch der

Normen im wesentlichen vergleichbar sind und so in den unterschiedlichen Rechtsordnungen hinsichtlich ihres Regelungsgehaltes entsprechende Geltung erlangen. Gegenseitige Anerkennung kann sich dabei sowohl auf materielle Inhalte beziehen, als auch auf Verfahrensvorschriften, vornehmlich zur Überprüfung nationaler Standards.⁷²⁸ Durch dieses Verfahren soll eine Vereinheitlichung des Rechtsraumes bewirkt werden, die aber ein Nebeneinander von wettbewerbsfördernden Rechtsinstituten erlaubt.⁷²⁹ Häufig führt dies aber zu einer Einigung der partizipierenden Rechtsordnungen auf den kleinsten gemeinsamen Nenner, somit den untersten vertretenen Standard.⁷³⁰ Erfahrungen mit der gegenseitigen Anerkennung im Rahmen des 1997 durch den Amsterdamer Vertrag aufgehobenen Art. 100 b EGV a. F. und der *Cassis*-Rechtsprechung⁷³¹ zur Anerkennung nationaler Produktstandards haben zwar gezeigt, dass ein Anerkennungssystem flexible Lösungen gestattet, die auf nationale Eigenheiten und Verbrauchergewohnheiten Rücksicht nehmen.⁷³² Sie dient somit dem Allgemeininteresse. Andererseits wird eine gegenseitige Anerkennung aber dadurch erschwert, dass nationale Normen in Inhalt oder Struktur zu stark voneinander abweichen, so dass eine Entsprechung der Regelungen nicht oder nur teilweise festgestellt werden kann. Weitere Probleme treten auf, wenn unterschiedliche oder mehrere Schutzzwecke durch eine Vorschrift verfolgt werden, die gegenseitige Anerkennung kann hier ein Unterlaufen der beabsichtigten Schutzrichtung bewirken.⁷³³ Darüber hinaus führen unterschiedliche Schutzanforderungen auch zu einem geringeren Schutzniveau, können gleichzeitig aber aufgrund der unterschiedlichen Voraussetzungen erhöhte Produktionskosten nach sich ziehen und damit den Wettbewerb gefährden.⁷³⁴

Eine Erweiterung dieses Konzeptes auf eine gegenseitige Anerkennung mitgliedsstaatlicher Zivilrechtsinstitute ist nicht ratsam. Nicht nur, dass eine gegenseitige

Kommission an den Europäischen Rat, „Vollendung des Binnenmarktes“ vom 14.6.1985, KOM (85) 310, Rn. 61-79.

⁷²⁸ Beispielsweise die Anerkennung von Bescheinigungsverfahren zur Prüfung der Einhaltung von Veterinärvorschriften o. ä.

⁷²⁹ Wolf, Privates Bankvertragsrecht im EG- Binnenmarkt, WM 1990, 1942.

⁷³⁰ Blaurock, Europäisches Privatrecht, JZ 1994, 273; Blaurock, Wege zur Rechtseinheit in Europa, in: Starck (Hrsg.) Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 93, 104 f. Dagegen aufgrund der mittelfristigen Wettbewerbsvorteile einen indirekten Zwang zur „Angleichung nach oben“, also eine Verbesserung der allgemeinen Standards konstatierend: Oppermann, Europarecht, Rz. 1216. In der Praxis erscheint eine solche freiwillige Erhöhung der Maßstäbe ohne Eingreifen einer außenstehenden Institution ein eher unwahrscheinliches, zumindest aber sehr langwieriges Unterfangen.

⁷³¹ „*Cassis de Dijon*“, Rechtssache 120/78, Urteil vom 20.2.1979, Slg. 1979, 649. Näher: Sedemund, „*Cassis de Dijon*“ und das neue Harmonisierungskonzept der Kommission, in: Schwarze, Der Gemeinsame Markt, 37 ff.

⁷³² Matthies, Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG, FS Steindorff, 1299; Blaurock, Europäisches Privatrecht, JZ 1994, 273; Wolf, Privates Bankvertragsrecht im EG- Binnenmarkt, WM 1990, 1951.

⁷³³ Matthies, Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG, FS Steindorff, 1295.

⁷³⁴ Schwartz, 30 Jahre EG-Rechtsangleichung, in: FS für Groeben, Eine Ordnungspolitik für Europa, 352.

Anerkennung nicht in allen Fällen auch einer Marktverzerrung entgegenwirkt. So könnten zwar die unterschiedlichen Haftungsregelungen im Bereich der Außenhaftung gegenseitig anerkannt werden, die Unterschiede würden dessen ungeachtet bestehen bleiben und weiterhin zu einer Beeinträchtigung des Binnenmarktes führen. Bewirkt wird dadurch ein unerwünschter Deregulierungseffekt zugunsten nationaler Eigenregelungen.⁷³⁵

Unabhängig davon steht bereits die ursprüngliche Herleitung der These von der Anerkennung der Zivilrechtsinstitute in Frage. Die gegenseitige Anerkennung droht die nationalen Rechtsordnungen mit Fremdrechtsinstituten zu überlasten und so gefestigte Zivilrechtsdogmatik undifferenziert und unkontrollierbar aufzuschließen.⁷³⁶ Zuletzt verspricht auch die praktische Anwendung einer gegenseitigen Anerkennung keinen Erfolg. Denn sofern zwischen allen Mitgliedsstaaten sämtliche zivilrechtlichen Institute gegenseitig anerkannt würden, wären alsbald essentielle Teile aus dem Schuld- und Sachenrecht jedes Mitgliedsstaates in allen anderen anzuerkennen.⁷³⁷ Die damit auftretenden Probleme hinsichtlich Rechtserkenntnis, -anwendung und -auslegung sind nicht durch die Vorteile einer gegenseitigen Anerkennung zu kompensieren.

5.2.2.4 „Sanfte Harmonisierung“

Unter „Sanfter Harmonisierung“ wird die Rechtsangleichung durch wirtschaftliche Entwicklungen verstanden. Legislative Maßnahmen finden hier keinen Platz, die Regulierung erfolgt allein durch den Markt.⁷³⁸ Der Markt als Auslöser des Problems schafft eigene Lösungen. Häufig ist das öffentliche Interesse an einer Regelung übereinstimmend mit dem Eigeninteresse betroffener Gruppen, so dass deren wirtschaftlicher Druck die Verwirklichung einer Wertvorstellung herbeiführt. Im Falle der Arbeitnehmernaßenhaftung könnte dieser Entwicklung beispielsweise durch staatliche Förderung von Versicherungsabschlüssen oder der Bildung von Rücklagen für Haftungsfälle unterstützt werden. Staaten haben hierbei reichhaltige Steuerungsmöglichkeiten.⁷³⁹ In Betracht kommt auch eine freiwillige Unterwerfung der Arbeitgeber unter eine selbstauferlegte Versicherungspflicht und einen damit verbundenen Regressverzicht gegenüber den Arbeitnehmern. Große Eingriffe in die bestehenden

⁷³⁵ Bruha, Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ZaÖRV 46 (1986), 12.

⁷³⁶ Näher: Hommelhoff, Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), 102.

⁷³⁷ Hommelhoff, Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), 101.

⁷³⁸ Begriff geprägt durch das Kommissions-Arbeitspapier: Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht, KOM (2001) 398 vom 11.7.2001, allerdings bedient sich die Wirtschaft zunehmend auch des sog. „soft law“, also Regelwerke ohne rechtliche Verbindlichkeit, näher zu Ausformung, Erscheinungsform und Terminologie: Drobnič, Vereinheitlichung von Zivilrecht durch soft law: Neue Erfahrungen und Einsichten, in: Basedow u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, 745 ff.

⁷³⁹ Anggeführt sei hier nur beispielsweise steuerliche Berücksichtigungen von Versicherungen über das bereits existierende Maß hinaus.

Rechtsordnungen würden damit überflüssig. Die Unternehmen würden sich „sanft“ an einen wünschenswerten Rechtszustand anpassen können. Anpassungskosten würden gering gehalten und eine Änderung der Praxis wäre jederzeit möglich.

Dennoch bietet die „sanfte Harmonisierung“ durch die Wirtschaft kein geeignetes Rezept um langfristig eine übersichtliche Regelung zu erzielen. Nicht nur, dass sich konkret die Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer sogar noch verstärken würde, sofern einzelne Unternehmen sich einer freiwilligen Selbstverpflichtung zur Regelung dieser Problematik nicht unterwerfen. Gerade im Haftungsrecht ist eine Gestaltung der Rechtsbeziehung durch die Parteien nur in eingeschränktem Maße möglich, denn Haftungsfälle entstehen unabhängig von Vertragsbeziehungen. Soweit sich also eine Regelung auf den deliktsrechtlichen Haftungsumfang beziehen soll ist eine freiwillige Unterwerfung unter selbstgewählte Regelungen nur im Nachhinein möglich. Die Interessen des durch die gesetzliche Regelung begünstigten Beteiligten werden in den meisten Fällen eine Einigung auf eine private Haftungslösung nicht zulassen. Die mit der konkreten Änderung der Haftungssituation empfehlenswerte Neugestaltung des europäischen Zivilrechts kann so nicht erfolgen. Die allgemeinen Rechtskonzepte wie beispielsweise den im Haftungsrecht festgehaltenen Prinzipien werden durch Rechtssprechung und Rechtsetzung niedergelegt und geprägt. Auf diese Grundlagen des Rechts hat die Wirtschaft allein keinen Einfluss. Zwar kann eine Rechtsentwicklung angeregt werden und es ist auch zu erwarten, dass diese mit der Zeit zu einer Angleichung der Rechtsordnungen führt. Eine umfassende Harmonisierung kann jedoch nicht erfolgen. Diese ist jedoch aufgrund der rechtlichen Vielfalt in Europa geboten.⁷⁴⁰ Hingegen ist eine punktuelle Änderung nicht wünschenswert.

Eine Änderung der Rechtslage durch freiwillige Selbstanpassung oder wirtschaftlichen Druck führt darüber hinaus zur Unübersichtlichkeit. Nicht nur das materielle Recht wäre bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen, sondern auch gegebenenfalls existente Handelsbräuche. Der Rechtsklarheit und -übersichtlichkeit ist damit nicht gedient, vor allem dann nicht, wenn die Angleichung des gesamten Zivilrechts angestrebt wird. Dieses, aufgrund seiner Flexibilität und sachten Eingriffe in die Rechtspraxis, kurzzeitig nützliche Instrument ist daher auf lange Sicht nicht geeignet eine Zivilrechtsvereinheitlichung herbeizuführen.

5.2.2.5 *Rechtsetzung durch Restatements, Richterrecht, Juristenausbildung*

Die sog. Rechtsetzung „von unten“ z.B. durch Richterrecht, Juristenausbildung oder sogenannte Restatements hat gemeinsam, dass die Entwicklung von Rechtsgrundsätzen außerhalb legislativer Rechtssätze erfolgt. Sie entstehen als gewachsenes Recht im Kontext nationaler, bestehender Rechtsordnungen quasi „von innen“.⁷⁴¹

⁷⁴⁰ *Martiny*, Europäisches Privatrecht –greifbar oder unerreichbar?, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 9.

⁷⁴¹ v. *Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band 1, 396.

Diskutiert wird beispielsweise die Erstellung eines Kodex gemeinsamer zivilrechtlicher Werte, sogenannter Restatements bzw. europäischer Lehrbücher.⁷⁴² Dieser Vorschlag basiert auf dem Vergleich mit amerikanischem Recht. Restatements wurden ursprünglich als systematische Sammlung der, der Rechtsprechung der Gerichte zugrunde liegenden, Rechtsätze entwickelt. Komplexität und Unbestimmtheit des amerikanischen (Rechtsprechungs-)Rechts sollten hierdurch die Grenzen gewiesen werden.⁷⁴³ Es sollte ein Nachschlagewerk für den Praktiker geschaffen werden, welches die Rechtsfindung, -argumentation und -anwendung erleichtern sollte.⁷⁴⁴ Allein diese Zielsetzung ist in Europa nicht zu verfolgen. Die Absicht sollte vielmehr die Entwicklung gemeinsamer Rechtsgrundsätze sein, weniger die Zusammenstellung bereits bestehender Gemeinsamkeiten.⁷⁴⁵ Anders als in Amerika weichen die europäischen Rechtsordnungen in Teilen gravierend voneinander ab. Eine Aufstellung von Restatements erfordert daher einen erheblichen „kreativen Sythetisierungsprozess“, der nicht nur erfordert, die nationalen gesetzlichen Vorschriften zu berücksichtigen sondern auch neue Lösungen hinsichtlich Sprache, Abstraktionshöhe und Spezifität der Restatements zu formulieren.⁷⁴⁶ Die praktische Anwendung der Restatements wurde darüber hinaus durch die Wahlfreiheit der amerikanischen Richter begünstigt, da diese im Einzelfall die anwendbaren Regeln eher frei bestimmen können als der europäische Richter.⁷⁴⁷ Im europäischen, zumindest kontinentaleuropäischen, Recht ist eine freie Wahl des anwendbaren Rechts durch den Richter hingegen nicht denkbar. Ein Rückgriff auf diese Art der Normsetzung ist daher aus europäischer Sicht nicht möglich.

Sofern auf dieses Mittel zurückgegriffen werden soll ist daher die Entwicklung modifizierter Restatements, eines neuen *Ius Commune Europae*, notwendig. Diese könnten sich auf dem Gedanken stützen, dass den verschiedenen Rechtsgebieten gemeinsame Grundprinzipien zugrunde liegen. Diese Grundsätze zu analysieren und niederzulegen ist als Aufgabe von europäischen Restatements denkbar.⁷⁴⁸ Verlockend ist hierbei die

⁷⁴² Besondere Fürsprache für Restatements erfolgte durch das Symposium „Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung“, welches sich in der Tendenz auch gegen eine umfassende Einheitsgesetzgebung wandte, *Remien*, Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?, *RabelsZ* 56 (1992), 314; *Rittner*, Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration, *JZ* 1995, 855.

⁷⁴³ *Teichmann*, Ein Europäisches Zivilgesetzbuch- Notwendigkeit, Utopie, Illusion?, in: *Dörr/Dreher* (Hrsg.) Europa als Rechtsgemeinschaft, 25 f.

⁷⁴⁴ Report des Komitees zur Errichtung einer Organisation zur Verbesserung des Rechts mit dem Vorschlag das American Law Institute zu gründen, *Am. L. Inst. Proc.* 1 (1923) I 6; *Gray*, E pluribus unum? A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States, 50 *RabelsZ* (1986), 119.

⁷⁴⁵ *Spier/Haazen*, The European Group on Tort Law („Tilburg Group“) and the European Principles of Tort Law, *ZeUP* 1999, 480.

⁷⁴⁶ *Kramer*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, *JBl.* 1988, 484; *Kötz*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, in: *Festschrift für Zweigert*, 496.

⁷⁴⁷ *Berg*, Diskussionsbericht zum Symposium „Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung“, *RabelsZ* 50 (1986), 234.

⁷⁴⁸ *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: *Hartkamp u.a.* (Hrsg.), *Towards a*

Vorstellung, dass das neue *Ius Commune* auf wissenschaftlicher Forschung und Rechtsvergleichung basiert und so durch seine Qualität zur Umsetzung durch die Legislative auffordert.⁷⁴⁹ Auch Befürworter einer solchen „Autoharmonisation“ bemerken, dass diese Rechtsvereinheitlichung nur eine Harmonisierung der Grundstrukturen ermöglicht.⁷⁵⁰ Die so entstehende Kompatibilität ermöglicht dann die Integration der Rechtsordnungen, nicht jedoch die Erstellung gemeinsamer Normen.⁷⁵¹ Aufgrund der eingeschränkten Bindungswirkung nichtlegislativer Regeln und der mangelnden Wahlfreiheit der Gerichte könnten solch Europäischen Restatements allerdings nur Wirkung entfalten, sofern sie für die nationalen Rechte bindend würden. Dies ist im Rahmen einer bloßen Empfehlung nicht zu erreichen. Vielmehr müssten solche Restatements durch nationale Regelungen oder ein Modellgesetz⁷⁵² Eingang in die Rechtsordnungen finden.⁷⁵³ Klassische Restatements oder ein *Ius Commune Europae* tragen zwar zur Rechtsharmonisierung bei, bieten sich aber nicht als Instrument einer effektiven Rechtsvereinheitlichung an.

Die Bildung von Rechtsgrundsätzen durch Richterrecht, insbesondere die Rechtsprechung des EuGH wird ebenfalls als Alternative der legislativen Rechtsvereinheitlichung angeführt.⁷⁵⁴ Zwar ist es richtig, dass durch die Rechtsprechung des EuGH bereits Prinzipien des Vertrags- und Deliktsrechts⁷⁵⁵ als bindendes Recht niedergelegt wurden.⁷⁵⁶ Richterrecht entwickelt sich jedoch äußerst langsam⁷⁵⁷ und ist zudem von geschriebenem Recht abhängig. Rechtsprechung entgegen von Gesetzeswortlaut ist nur in eingeschränkten, zumeist europarechtlich tangierten Fällen möglich und muss sich immer der Frage stellen, wie es in gewaltenteilenden Verfassungssystemen zu rechtfertigen ist.⁷⁵⁸

European Civil Code, 79 f.

⁷⁴⁹ *Mansel*, Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit, JZ 1991, 533.

⁷⁵⁰ *Kötz*, Rechtsvereinheitlichung- Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 56 (1986),15; *Kötz*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, in: Festschrift für Zweigert, 496.

⁷⁵¹ *Mansel*, Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit, JZ 1991, 534.

⁷⁵² Hierzu siehe bereits: 5.2.2.1 Modellgesetz.

⁷⁵³ *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: Hartkamp u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 80.

⁷⁵⁴ Näher mit einer Analyse der bisher erfolgten richterlichen Rechtsangleichung durch den EuGH: *Remien*, Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union, *ZfRV* 1995, 127 ff.

⁷⁵⁵ Z.B. solche des Haftungsrechts die auf den gemeinsamen allgemeinen Grundsätzen beruhen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten gemeinsam sind (Art. 288 Abs. 2 EGV).

⁷⁵⁶ *Van Gerven*, The ECJ Case-law as a Means of Unification of Private Law? in: *Hartkamp u.a.* (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 91 ff; *Leible*, Die Rolle der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bei der europäischen Privatrechtsentwicklung, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 61 ff.

⁷⁵⁷ so auch *Schwarze* und *Everling* in: *Berg*, Diskussionsbericht zum Symposium „Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung“, *RabelsZ* 50 (1986), 235.

⁷⁵⁸ *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50

Die Entwicklung selbst ist, wie auch der Inhalt solcher Rechtsfortbildung nicht absehbar.⁷⁵⁹ Ebenso wenig lassen sich die Wertmaßstäbe bestimmen, die dem Richterrecht zugrunde gelegt werden sollen.⁷⁶⁰ Für die Rechtssubjekte, vor allem die einfachen Bürger wird das Recht so zunehmend unübersichtlich. Eine solche Annäherung der europäischen Rechtssysteme an das anglo-amerikanische „*case-law*“ bringt auch dessen Nachteile, insbesondere Unbestimmtheit und Komplexität des Rechts, mit sich. Die häufige Inanspruchnahme des EuGH als internationales Zivilgericht⁷⁶¹ überfordert darüber hinaus bereits die konkreten praktischen Möglichkeiten der Rechtsetzung, denn die Zusammensetzung und Arbeitsweise der Gerichte ist auf zivilrechtliche Rechtsprechung nicht abgestimmt.⁷⁶² Es ist nicht gesagt, dass sich Rechtsänderungen, sofern sie legislativ auf nationaler und internationaler Ebene erfolgen auf die richterrechtlich erwogene Rechtsdurchsetzung hinbewegen. Die komplexe Materie des Zivilrechts verlangt nach klaren Strukturen, solche sind in einer richterrechtlichen Rechtsvereinheitlichung jedoch nicht im erforderlichen Maße vorhanden. Gleiches gilt für die ebenfalls diskutierte Rechtsetzung durch Schiedsgerichte. Diese mag im Einzelfall eine Regelung herbeiführen, sie muss sich jedoch die eingeschränkte Inanspruchnahme der Schiedsgerichte selbst vorbehalten lassen. Vor allem im Deliktsrecht würde bei der Zufälligkeit der Schadensentstehung die Einschaltung von nicht staatlichen Schiedsgerichten allein von der Einigung der Parteien auf die Anrufung des Schiedsgerichts abhängen. Eine verbindliche und einheitliche Rechtsetzung ist unter diesen Umständen nicht zu erwarten.⁷⁶³

Die Funktion von Gerichten sollte sich daher auf die Unterstützung der Rechtsangleichung durch die Sicherung des Vollzuges von Einheitsrecht, Vereinheitlichung der Rechtsanwendung und Auslegung von vereinheitlichten Recht beschränken.⁷⁶⁴

Die Juristenausbildung ist hingegen nur eines mehrerer Mittel um eine Rechtsvereinheitlichung zu fördern. Unbenommen ist sie unabdingbar, um eine echte, auch geistige Einheit des Rechts, zu kreieren.⁷⁶⁵ Das Denken zukünftiger

(1986), 198 f.; *Remien*, Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union, ZfRV 1995, 132.

⁷⁵⁹ *Remien*, Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union, ZfRV 1995, 132.

⁷⁶⁰ *Everling*, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, RabelsZ 50 (1986), 204, 210 f.

⁷⁶¹ Ausführlich zu der Funktion des EuGH als Zivilgericht im Rahmen des Gemeinschaftsrechts: *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts.

⁷⁶² *Leible*, Die Rolle der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bei der europäischen Privatrechtsentwicklung, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 86.

⁷⁶³ *Magnus*, Elemente eines europäischen Deliktsrechts, ZeuP 1998, 608.

⁷⁶⁴ Zu der Funktion die der EuGH in diesem Rahmen bereits heute ausübt: *Everling*, Zur Funktion des Gerichtshofes bei der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft, FS Lukes, 359 ff; *Franzen*, Auslegung und Fortbildung von privatrechtsangleichenden Richtlinien, JbJgZ 1997, 285 ff.

⁷⁶⁵ Rechtsvereinheitlichung durch die Juristenausbildung näher ausgeführt bei *Coing*, Europäisierung der Rechtswissenschaft, NJW 1990, 940; *Coing*, European Common Law: Historical Foundations, in: Capelletti

Juristengenerationen wird bestehendes Einheitsrecht definieren und prägen. Durch diese könnte es Eingang in die Rechtsfortbildung finden und zur Auslegung nationaler und vereinheitlichter Normen herangezogen werden.⁷⁶⁶ Gleichzeitig erfordert Einheitsrecht auch eine gedankliche Offenheit und Abkehr von der „nationalen Introvertiertheit“ der Juristen.⁷⁶⁷ Eine vorsichtige erste Untersuchung verschiedener Rechtsgebiete wie dem Common Law, den nordischen Ländern und den deutschsprachigen Gebieten Europas zeigt jedoch, dass nicht allein gemeinsame Rechtssystematik und Denken eine rechtliche Einheit hervorruft, sondern dass auch eine Übereinstimmung der Rechtsnormen, zumindest hinsichtlich ihrer Grundwerte notwendig ist, um Rechtseinheit zu bewirken. An einer gemeinsamen Basisrechtsquelle führt daher kein Weg vorbei.⁷⁶⁸ Die Juristenausbildung selbst ist, abgesehen von der langsamen Entwicklung des Rechts auf diesem Wege⁷⁶⁹ und der zunächst entstehenden Rechtsunsicherheit, nur ein, neben der Kodifikation stehendes, Mittel der Rechtsangleichung.⁷⁷⁰

Zusammenfassend müssen sich alle vorab diskutierten Alternativen der Rechtsangleichung vorhalten lassen eine praktische Umsetzung der Rechtsvereinheitlichung nicht erreichen zu können. Die Rechtssysteme Europas sind auf Gesetzen aufgebaut. Diese gefassten Rechtsordnungen sind nicht ohne weitere Rechtssetzung zu durchbrechen.⁷⁷¹

5.2.2.6 Zwischenergebnis

Aufgrund der getroffenen Abwägungen kann festgestellt werden, dass zum jetzigen

(Hrsg.), *New Perspectives for a common Law of Europe*, 43 f; *Flessner*, Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung, *RabelsZ* 56 (1992), 243 ff.; *Kötz*, Rechtsvereinheitlichung-Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 56 (1986), 13 ff.; *Kötz*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, in: *Festschrift für Zweigert*, 498 ff.; *Großfeld/Bilda*, Europäische Rechtsangleichung, *ZfRV* 1992, 432; *Kramer*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, *JBl.* 1988, 488; *Ulmer*, Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?, *JZ* 1992, 8; *Martiny*, Europäisches Privatrecht –greifbar oder unerreichbar?, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, 7 f; *Repgen*, Europäisierung des Privatrechts durch Wiederbelebung des *ius commune*?, *JbJgZ* 1997, 20, 32 ff.

⁷⁶⁶ *Kötz*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, in: *Festschrift für Zweigert*, 499; *Großfeld/Bilda*, Europäische Rechtsangleichung, *ZfRV* 1992, 432; *Flessner*, Deutsche Juristenausbildung, 8 ff.

⁷⁶⁷ *Kramer*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, *JBl.* 1988, 488; *Zimmermann*, Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, *JZ* 1992, 9.

⁷⁶⁸ *Flessner*, Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung, *RabelsZ* 56 (1992), 249.

⁷⁶⁹ Zu Recht feststellend, dass die internationale Juristenausbildung noch im Werden begriffen ist, *Kramer*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, *JBl.* 1988, 488.

⁷⁷⁰ *Kieninger*, 100 Jahre BGB- Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, *JbJgZ* 1996, 255.

⁷⁷¹ *Lando*, Making a European Private law, in: *Kreuzer u.a.*, Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, 48.

Zeitpunkt eine Rechtsvereinheitlichung allein durch Modellgesetz oder Staatsvertrag⁷⁷² realisierbar erscheint. Andere Möglichkeiten mögen Hilfen auf dem Wege darstellen und eine Rechtsvereinheitlichung vorbereiten⁷⁷³, sie taugen jedoch nicht für eine umfassende Neuordnung. Trotz der bestehenden Nachteile die jede von oben oktroyierte Form der Rechtssetzung mit sich bringt, sei es auch in der Gestalt eines Modellgesetzes, lässt der Blick auf Ziel und Zweck einer einheitlichen Regelung nur eine Kodifizierung des Sachrechts als Mittel der Umsetzung zu. Dennoch kann nicht umhin gegangen werden ein gemeinsames europäisches Rechtsbewusstsein zu entwickeln, welches eine Konzentration auf inhaltliche Gemeinsamkeiten als Basis einer einheitlichen Rechtsetzung in den Vordergrund stellt.

5.2.3 Initiativen der Europäischen Union

Die Europäische Union hat diverse Möglichkeiten Rechtsetzung zu betreiben. Naheliegend ist zunächst die Rechtsetzung durch gemeinschaftliches Sekundärrecht, denn eine primäre Kompetenz der EU zur Bildung eines einheitlichen europäischen Zivilrechts oder Deliktsrechts ist nicht per se gegeben.⁷⁷⁴ Allerdings sind Ansatzpunkte für eine Vereinheitlichung außerhalb von Richtlinien, Verordnungen und Entscheidungen denkbar.⁷⁷⁵ Die Rechtsetzung durch die Union ist aufgrund der Demokratieförderung kritisch zu begutachten. So wird nicht nur von Taupitz⁷⁷⁶ die *Raison d'Être* der Regelung einer Institution hinterfragt, welche das Rangverhältnis zwischen Exekutive und Legislative nahezu umkehrt. Diese nicht neuen Bedenken haben eine langwierige Praxis der Konsensbildung im Rahmen von Rechtsangleichungsverfahren in der Union hervorgerufen. Die fehlende demokratische Legitimation musste durch intensive

⁷⁷² Siehe 5.2.1.

⁷⁷³ so auch für andere: *Reppen*, Europäisierung des Privatrechts durch Wiederbelebung des ius commune?, JbJgZ 1997, 15.

⁷⁷⁴ *Bangemann*, Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union, ZeuP 1994, 378; *Magnus*, European Perspectives of Tort Liability, European Review of Private Law, 1995, 440, 442; *Remien*, Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union, ZfRV 1995, 120; *Beitzke*, Probleme der Privatrechtsangleichung in der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ZRVgl 5 (1964), 80; *Taschner*, Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 225 f.; *Hayder*, Privatrechtsvereinheitlichung durch die Europäische Gemeinschaft, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 237.

⁷⁷⁵ Hierzu 5.2.3.1

⁷⁷⁶ *Taupitz*, Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?, JZ 1993, 536; *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 70; *Remien*, Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union, ZfRV 1995, 120; *Remien*, Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts, JbJgZ 1991, 25 f.; schon früh: *Everling*, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft, in: FS für Schmidt, 177; *Großfeld/Bilda*, Europäische Rechtsangleichung, ZfRV 1992, 428, 430; *Müller*, Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung, 309.

Beteiligung aller politischen Kräfte ausgeglichen werden.⁷⁷⁷ Zwischenzeitlich hat dieses Defizit zu einer schleichenden Stärkung des Demokratieprinzips in der Europäischen Union geführt, wobei nicht nur durch den Vertrag von Amsterdam vor allem größere Kompetenzen des Parlamentes festgelegt wurden.⁷⁷⁸ Die demokratische Legitimation von Rechtssetzungsakten nähert sich stetig dem nationalen Level an, so dass dieser Einwand in Zukunft kaum mehr Gehör finden wird.⁷⁷⁹

Allerdings muss sich die bisher erfolgte Privatrechtsvereinheitlichung durch die Gemeinschaft vorhalten lassen, dass sie nicht nur widersprüchlich und fragmentarisch ist⁷⁸⁰, sondern darüber hinaus eine mangelhafte Gesetzgebungstechnik besitzt, denn die verwendeten Begrifflichkeiten gemeinschaftlicher Rechtsakte sind unpräzise und inkonsistent. Ferner wird kritisiert, die gemeinschaftlichen Rechtsakte führten zu Systembrüchen in den nationalen Rechten.⁷⁸¹ Auch Befürworter einer umfassenden Rechtsangleichung durch Gemeinschaftsrecht können die Kritik nicht vollständig von der Hand weisen. Das Argument, die Union stelle keinen umfassenden, monistischen Regelungsanspruch und habe auch nicht das Ziel eine vollständige, in sich geschlossene Rechtsordnung zu kreieren, überzeugt nur begrenzt.⁷⁸² Vielmehr muss sich die Gemeinschaft die Frage gefallen lassen, ob sie angesichts ihrer begrenzten Regelungsziele das Projekt einer Privatrechtsvereinheitlichung zurückstellt.

Sie muss sich diese Kritik umso mehr vorhalten lassen, als die Rechtsangleichungspraxis nicht nur von den inhaltlichen Mängeln, sondern auch von Verfahrensproblemen wie dem Einstimmigkeitserfordernis und „*Bargaining*“ um Inhalte geprägt ist.⁷⁸³ Eine Rechtsetzung durch die EU bietet zwar den Vorteil, dass auch die zuvor angesprochene⁷⁸⁴ „Versteinerungsproblematik“ im Kontext der EU-Erweiterung in das Blickfeld gerückt ist und Lösungsansätze entwickelt werden.⁷⁸⁵ Gegenüber einer Regelung durch Staatsvertrag

⁷⁷⁷ Everling, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RebelsZ* 50 (1986), 194 f.

⁷⁷⁸ Craig/de Búrca, *EC Law*, 60 ff.

⁷⁷⁹ Mit dem Hinweis auf starke demokratische Einflüsse bei den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsetzungsverfahren im Gegensatz zu den mangelnden parlamentarischen Kontrollen bei der Ausarbeitung von unpolitischen Übereinkommen: Schwartz, Wege zur EG-Rechtsvereinheitlichung, in: FS für von Caemmerer, 1089 f; Taschner, Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 234; Hayder, Privatrechtsvereinheitlichung durch die Europäische Gemeinschaft, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 238.

⁷⁸⁰ Rittner, Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration, *JZ* 1995, 851.

⁷⁸¹ Großfeld/Bilda, Europäische Rechtsangleichung, *ZfRV* 1992, 430.

⁷⁸² Schulte-Nölke/Schulze, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 15 f.

⁷⁸³ Schulte-Nölke/Schulze, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 17.

⁷⁸⁴ 5.2.1.

⁷⁸⁵ Denn auch im Rahmen der europäischen Rechtsetzung droht eine Erstarrung des Rechts, Großfeld/Bilda, Europäische Rechtsangleichung, *ZfRV* 1992, 428.

erscheint es wahrscheinlicher, im Rahmen einer europäischen Initiative eine bewegliche Zivilrechtsregelung zu verabschieden, die auch nicht auf Dauer der Gefahr ausgesetzt ist durch Blockadeaktionen einzelner Länder von einer eigenständigen Entwicklung abgehalten zu werden. Zu berücksichtigen ist hierbei nicht nur eine durchschnittlich kürzere Entwurfs- und Verhandlungsphase von sekundärrechtlichen Maßnahmen, wobei Übereinkommen in 14-20 Jahren Unterschriftsreife erlangen, vergleichbare Verordnungen und Richtlinien in nur 4 - 15 Jahre.⁷⁸⁶ Darüber hinaus erlaubt das feste Rechtsetzungsverfahren der Union lediglich Verzögerungstaktiken, während multilaterale Verhandlungen durch einzelne Vertragsstaaten leicht abgebrochen, unterbrochen oder in andere institutionelle Verhandlungsrahmen überführt werden können.⁷⁸⁷

Dennoch verbleiben starke Zweifel an der grundsätzlichen Eignung europarechtlicher Maßnahmen zur Rechtsvereinheitlichung, die die nachfolgende genauere Prüfung der in Betracht zu ziehenden Mittel begleiten.

5.2.3.1 *Rechtssetzungsmöglichkeiten außerhalb des Sekundärrechts*

Selten wird die Ansicht vertreten unter Art. 293 EGV könnten Mitgliedsstaaten auch zur Erstellung eines einheitlichen Zivilgesetzbuches miteinander Verhandlungen aufnehmen, da dies im Sinne des ersten Unterabsatzes dem Wohl der eigenen Bürger diene.⁷⁸⁸ Gerade Fragen des Haftungsrechts seien für den einzelnen Bürger von höchster Relevanz, sei er doch dem Schädiger ausgesetzt ohne sich ihn, geschweige denn die Umstände des Schadeneintritts gewählt zu haben. Ein einheitliches Haftungsrecht unterstütze somit die Rechtssicherheit der Bürger, die mithin in allen Mitgliedsstaaten gleichermaßen auf den Schutz ihrer Rechte vertrauen könnten. Unter dem Mantel der EU sei so die Möglichkeit gegeben eine einheitliche Regelung zumindest für Teile des Zivilrechts zu treffen, selbst wenn hierfür eine explizite Ermächtigung nicht gegeben ist. Aufgrund des Wortlautes des Art. 293 EGV ist dem jedoch nicht zu folgen. Der Anwendungsbereich von Art. 293 EGV ist auf ausgewählte Bereiche beschränkt und umfasst zumindest nicht die Ausarbeitung eines Zivilgesetzbuches, wie es vorliegend zur Debatte steht.⁷⁸⁹

Die Verabschiedung eines Zivilgesetzbuches unter der dritten Säule (Art. 31 im Zusammenhang mit Art. 29, 2. Spiegelstrich EUV) der Europäischen Union ist ebenfalls diskutiert worden.⁷⁹⁰ Dabei wurde die Verabschiedung eines Zivilgesetzbuches im Rahmen

⁷⁸⁶ Schwartz, Wege zur EG-Rechtsvereinheitlichung, in: FS für von Caemmerer, 1087.

⁷⁸⁷ Schwartz, Wege zur EG-Rechtsvereinheitlichung, in: FS für von Caemmerer, 1087 f.

⁷⁸⁸ Bangemann, Journal C 32/7 vom 4.2.1993.

⁷⁸⁹ Van Gerven, Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?, EuZP, 1997, 468; Tilmann, The legal basis for a European Civil Code, EuZP, 1997, 471.

⁷⁹⁰ De Groot, European Private Law between Utopia and Early Reality, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1997, 2; Van Gerven, Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?, EuZP, 1997, 468.

der gemeinsamen Interessen im Gebiet der justiziellen Zusammenarbeit erwogen. Mit der Änderung des Titels von „Justiz und Inneres“ in „polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen“ ist einem solchen Ansatz, abgesehen von weiteren Argumenten, die gegen solche Erwägungen ins Feld geführt werden können⁷⁹¹, die Denkgrundlage genommen.

Auch der Gedanke durch die individuelle Verbesserung der bereits geltenden europarechtlichen Rechtsvorschriften eine Zusammenführung der verschiedenen Regelungen zu erreichen ist zu verwerfen. Die Vielfältigkeit der Rechtsakte, nicht nur inhaltlich, sondern auch konzeptionell in ihrer Ausgestaltung verhindert die Errichtung einer einheitlichen Zivilrechtsregelung. So wird es nicht möglich sein, den Urwald der sekundärrechtlichen Rechtsetzung durch einfache Protokolle zu den Rechtsakten zusammenzuführen. Allein bei der Integration von Richtlinien einerseits und Verordnungen andererseits in ein gemeinsames Regelwerk werden sich massive organisatorische Probleme ergeben. Eine solche Vorgehensweise ist daher nicht empfehlenswert.

Sonstige Maßnahmen wie die Aufstellung von Rechtsprinzipien, der Entwurf von Modellgesetzen, Empfehlungen durch den Rat der Europäischen Gemeinschaft oder die Rechtsvereinheitlichung durch Rechtsprechung und Juristenausbildung könnten durch die Union moderiert werden. Eine Einengung des Anwendungsbereichs auf die, der europäischen Union angehörenden Staaten, führt jedoch zu einer entbehrlichen Beschränkung des Angleichungsbestrebens. Da es sich bei solchen Schritten nicht um europarechtliche Maßnahmen im engeren Sinne handelt, ist nicht ersichtlich, weshalb eine so angestrebte Vereinheitlichung des Zivilrechts nicht allen europäischen Staaten, unabhängig von dem politischen Status, offen stehen sollte. Diese Rechtssetzungsalternativen sind daher nicht an die Europäische Union gebunden.⁷⁹² Eine europarechtliche Rechtsetzung durch die Union oder die Gemeinschaften steht außerhalb des Sekundärrechts somit nicht zur Verfügung.

5.2.3.2 Rechtsetzung durch sekundäres Gemeinschaftsrecht (gemeinschaftliche Ermächtigungen)

Wird die Gemeinschaft tätig, setzt dies eine Kompetenz zur Rechtsetzung voraus. Diese wird, abgesehen von wenigen Bereichen ausschließlicher Gemeinschaftskompetenz, durch den Vorrang des Gemeinschaftsrechts bestimmt, der eintritt sofern die Verträge eine Ermächtigung zum Handeln festschreiben. Diese Ermächtigungen sind an unterschiedliche Maßnahmen geknüpft, so dass der Gemeinschaft je nach Grundlage verschiedene Regelungsmittel zur Verfügung stehen. Ferner unterliegen sämtliche Maßnahmen auch den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Union. Um die Problematik eines einheitlichen Zivilkodex zumindest im Ansatz zu lösen ist ein Blick auf die Ermächtigungsgrundlagen,

⁷⁹¹ Tilmann, The legal basis for a European Civil Code, EuZP, 1997, 471; Van Gerven, Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?, EuZP, 1997, 469.

⁷⁹² Näher zu den angesprochenen Maßnahmen unter 5.2.2.

Regelungsinstrumente und die Grundsätze der Union notwendig.

Auch für eine Regelung durch Sekundärrecht gilt zunächst, dass das Prinzip „Abriss und Neubau“ statt „Renovierung“ Anwendung finden sollte. Eine Zusammenführung der diversen Richtlinien und Verordnungen durch Sekundärrecht verspricht lediglich weitere Rechtsirritationen zu schaffen.

5.2.3.2.1 Ermächtigungsnormen

Eine Harmonisierung des Zivilrechts, insbesondere der Außenhaftungsproblematik, ist unter sekundärem Gemeinschaftsrecht denkbar. Eine hierauf zugeschnittene Rechtsetzungskompetenz steht der Europäischen Union jedoch nicht zur Verfügung.⁷⁹³ Allerdings sind im Rahmen der verschiedenen funktional orientierten Ermächtigungsnormen gemeinschaftsrechtliche Kompetenzen zur Rechtsangleichung gegeben, sofern diese den Abbau von mitgliedstaatlichen Freiverkehrshindernissen oder Wettbewerbsverfälschungen dient.

Als Ermächtigungsnormen sind zunächst die Artikel zu berücksichtigen, die das Funktionieren des Binnenmarktes (Art. 95 I 2 EGV) bzw. des gemeinsamen Marktes (Art. 94 I EGV) und die Durchsetzung der Ziele der Gemeinschaft im Rahmen des Gemeinsamen Marktes (Art. 308 EGV) bezwecken.

Art. 95 EGV ist stets dann anzuwenden, wenn Maßnahmen geplant sind, die lediglich zum Ziel haben, den Gemeinsamen Markt zu stärken. Hierbei hat die Kommission freie Hand durch Richtlinien oder Verordnungen tätig zu werden.⁷⁹⁴ Für Rechtsgebiete wie das Deliktsrecht, damit auch betroffen die Außenhaftungsproblematik, Vertragsrecht oder Sachenrecht ist die Argumentation, die Regelung dieser Rechtsgebiete habe dem Grunde nach die Etablierung des gemeinsamen Marktes zum Ziel, zumindest schwierig zu führen. Lediglich Normen mit Ziel der Sicherung der Wettbewerbsposition von Unternehmen und solche zum Schutz der Verbraucher fallen primär unter Art. 95 EGV.⁷⁹⁵ Darüber hinaus

⁷⁹³ *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 16.

⁷⁹⁴ *Oppermann*, Europarecht, Rz. 1212 ff; Art. 95 EGV im Kontext der einheitlichen Europäischen Akte und seine Wirkung näher erläutert durch *Hayder*, Neue Wege der europäischen Rechtsangleichung? *RabelsZ* 53 (1989), 622 ff, insbesondere III, 1.

⁷⁹⁵ *Van Gerven*, Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?, *EuZP*, 1997, 467; auch *Koopmans*, Towards a European Civil Code? *EuZP* 1997, 541; *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, *AcP* 200 (2000), 474 ff.; entgegengesetzter Ansicht jedoch *Tilmann*, The legal basis for a European Civil Code, *EuZP*, 1997, 472 f. mit der Begründung aus der Ermächtigung die Art. 95 EGV zur Verabschiedung der Richtlinie über den Verbraucherschutz (1996) könne ferner auch eine Ermächtigung für die Erstellung eines einheitlichen europäischen Zivilgesetzbuches abgeleitet werden. Dieser Kunstgriff wird damit begründet, aus der Tatsache, dass diese Richtlinie den Verbraucher schütze müsse auch geschlussfolgert werden können, dass kleinere und mittlere Unternehmen aufgrund ihres gleichen Markteinflusses und gleicher Schutzwürdigkeit ebenfalls mit dieser Richtlinie geschützt werden müssten. Sofern dies aber der Fall sei, könne, da es sich nunmehr nicht nur um eine Verbraucherschutzsache handele, aus Art. 95 EGV die Ermächtigung zur Regelung von zivilrechtlichen

beinhaltet Art. 95 Abs. 2 EGV diverse Bereichsausnahmen, so dass Regelungen über Steuern, Bestimmungen über die Freizügigkeit und Bestimmungen über die Interessen und Rechte von Arbeitnehmern nicht auf Basis dieser Ermächtigungsgrundlage verabschiedet werden können. Insbesondere bei der hier diskutierten Haftungsregelung für Arbeitnehmer ist daher zumindest fraglich, ob die vorgeschlagene Regelung aufgrund des Schutzcharakters für Arbeitnehmer überhaupt verabschiedet werden dürfte. Obwohl der Vertrag „Rechte und Interessen der Arbeitnehmer“ nicht definiert liegt die Vermutung nahe, dass Haftungserleichterungen im Interesse der Arbeitnehmerschaft liegen und somit der Bereichsausnahme unterfallen.⁷⁹⁶ Ähnliche Problemstellungen ergeben sich auch bei anderen privatrechtlichen Regelungsgegenständen, die direkt oder indirekt von Bereichsausnahmen betroffen sind. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, so ist unbestritten, dass unter Art. 95 EGV keine neuen Politiken gestützt werden können. Es spricht jedoch einiges dafür die Schaffung eines einheitlichen Zivilrechts als Einführung einer neuen Gemeinschaftspolitik zu interpretieren, so dass Art. 95 EGV allein aus diesem Grunde keine Anwendung findet.⁷⁹⁷ Art. 95 EGV könnte somit lediglich zu einer Teilregelung des Obligationenrechts herangezogen werden. Allerdings ist auch dies in Hinblick auf die nur geringfügige Beteiligung des europäischen Parlaments nicht empfehlenswert, denn die demokratische Legitimation eines auf dieser Rechtsgrundlage erstellten Gesetzes ist äußerst gering. In Anbetracht der umfassenden Eingriffe eines europäischen Zivilrechts in die Sphäre der Bürger ist auch auf das demokratische Element Rücksicht zu nehmen.⁷⁹⁸ Art. 95 EGV bietet sich aus diesen Gründen nicht für eine Vereinheitlichung an.

Art. 94 EGV ist in seinem Anwendungsbereich weiter als Art. 95 EGV. Art. 94 EGV hat zum Ziel Harmonisierungen dort durchzuführen, wo eine Maßnahme den Gemeinsamen Markt direkt behindert. Die meisten zivilrechtlichen Problemstellungen, insbesondere die unter Art. 95 EGV als problematisch angesehenen Bereiche des Sachen-, Vertrags- und Deliktsrechts, sind dazu geeignet den Gemeinsamen Markt zu behindern, sofern die nationalen Rechtsordnungen durch unterschiedliche Regelungen den Wettbewerb einschränken.⁷⁹⁹ Allerdings ermächtigt Art. 94 EGV lediglich zur Rechtsetzung durch

Maßnahmen abgeleitet werden. Eine solche Ausweitung der gegebenen Ermächtigungsgrundlagen ist dem Grunde nach bereits nicht empfehlenswert, sie würde nicht nur gegen den Grundsatz der begrenzten Ermächtigung verstoßen (zur Anwendbarkeit des Grundsatzes: Gutachten des EuGH 2/94 Para. 24), sondern darüber hinaus auch zu einer weidlichen Verunsicherung aller Bürger über die mögliche Machtausübung der EU führen. Aufgrund der Notwendigkeit der klaren Kompetenzteilung kann nur eine enge Auslegung der Ermächtigungsnormen zulässig sein.

⁷⁹⁶ Zur Bereichsausnahme „Rechte und Interessen der Arbeitnehmer“: *Langeheine*, in: *Grabitz/Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 100a EGV, Rz. 31.

⁷⁹⁷ *Pechstein*, Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnisse der EG, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 28; *de Groot*, European Private Law between Utopia and Early Reality, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, 2.

⁷⁹⁸ *Pechstein*, Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnisse der EG, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 29.

⁷⁹⁹ *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Union, 79; anders hingegen: *Pechstein*, Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnisse der EG, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem

Richtlinien. Nachteilig ist ferner, dass Art. 94 EGV nach einer einstimmigen Entscheidung verlangt, im Gegensatz zu Art. 95, der den Weg für eine Entscheidung unter qualifizierter Mehrheit des Rates ermöglicht.⁸⁰⁰ Der Spielraum für anpassungsfähige Regelungen wird durch diese engen Grenzen eingeschränkt. Es drohen demgemäß Probleme bei der Umsetzung und Verabschiedung der Maßnahmen. Art. 94 EGV ist somit zu unflexibel ist um als Rechtsgrundlage für ein europäisches Zivilgesetzbuch zu dienen.⁸⁰¹

Ähnliche Einwände müssen auch gegen eine Heranziehung von Art. 308 EGV gehört werden. Zwar ist der Anwendungsbereich dieser Ermächtigungsgrundlage weiter als der der anderen und die Ermächtigung erfolgt sowohl für Maßnahmen durch Verordnungen und Richtlinien. Andererseits erfordert dies jedoch gleichzeitig den einstimmigen Beschluss des Rates. Mehr noch als die damit einhergehende Inflexibilität ist zu beachten, dass unter Art. 308 zumindest die Maßnahmen die eine „verfassungsrechtliche Dimension“ besitzen, auf dieser Grundlage nicht verabschiedet werden dürfen.⁸⁰² Die Aufstellung eines gesamteuropäischen Zivilgesetzbuches dürfte jedoch grundlegende nationale Interessen betreffen. Es sprechen einige Argumente dafür, dass die Errichtung eines Zivilgesetzbuches, sofern es nicht selbst verfassungsähnliche Dimensionen erreicht, diesen aufgrund der grundlegenden Bedeutung des Zivilrechts zumindest gleichzustellen ist.⁸⁰³ Ähnlich wie bei Art. 95 EGV ist auch die demokratische Legitimierung eines europäischen Zivilgesetzbuches unter Art. 308 EGV zu bemängeln. Weder das Europäische Parlament noch die nationalen Parlamente wären an der Rechtsetzung beteiligt.⁸⁰⁴ Angesichts dieser Einwände ist es nicht ratsam ein derart bedeutendes Projekt wie ein einheitliches Zivilgesetzbuch auf die tönernen Füße des Artikel 308 EGV zu stellen. Die bisherige Handhabung des Art. 308 EGV bestätigt diese Schlussfolgerung. Bei der Angleichung nationaler Rechte kam die Norm nicht zum Zuge, lediglich bei der Einführung neuer, das nationale Recht überlagernder Rechtsinstitute, wurde Art. 308 EGV angewandt.⁸⁰⁵

Diese Ermächtigungsgrundlagen eignen sich daher bereits dem Grunde nach nicht für eine Vereinheitlichung des Zivilrechts. Andere Ermächtigungen knüpfen beispielsweise an die

Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 27 .

⁸⁰⁰ Im Detail zu den Voraussetzungen des Art. 94 und dem zugrundegelegten Verfahren: *Langeheine*, in: *Grabitz/Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 100 EGV, Rz. 8 ff.

⁸⁰¹ *Van Gerven*, Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?, *EuZP*, 1997, 468; so im Ergebnis auch, jedoch mit anderer Begründung: *Pechstein*, Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnisse der EG, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 27 f.

⁸⁰² EuGH Gutachten 2/94 vom 28. März 1996, [1996] ECR I-1759, Abs. 35; ausführlich: *Schwartz*, in: *von der Groeben* u.a. (Hrsg.) Kommentar zum EU-/ EG-Vertrag, Art. 235, Rn. 16 f.

⁸⁰³ *Van Gerven*, Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?, *EuZP*, 1997, 468.

⁸⁰⁴ *Pechstein*, Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnisse der EG, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 29.

⁸⁰⁵ *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, *AcP* 200 (2000), 478.

Effektuierung der marktbezogenen Grundfreiheiten, Artt. 40, 44 II lit.g EGV, an die Errichtung eines Schutzsystems gegen Wettbewerbsverfälschungen gem. Art. 83 EGV oder an die soziale Sicherheit und die Verbesserung der Arbeitsumwelt, Artt. 42, 138 EUV, an.⁸⁰⁶ Einzelne zivilrechtliche Probleme fallen nach genauer Prüfung unter die eine oder andere Norm und wurden auch bereits als Stückwerk geregelt.⁸⁰⁷ Gerade angesichts der zu regelnden zivilrechtlichen Grundsätze bergen diese Normen die Gefahr, eine Rechtszersplitterung mehr zu fördern als eine Zusammenführung des Rechts zu bewirken. Denn im Rahmen eines einheitlichen Zivilgesetzbuchs werden sich nicht alle Normen unter eine dieser Ermächtigungsgrundlagen fügen können. Nicht nur der komplexe Inhalt der einzelnen zivilrechtlichen Rechtsprinzipien, sondern auch die vielseitigen Zielsetzungen, bereiten hier Grund für Zweifel an der einfachen Subsumtion unter die unterschiedlichen Ermächtigungsnormen.

Nicht in Betracht kommt ferner der durch den Vertrag von Amsterdam in den EGV eingefügte Titel IV. Gem. Art. 61 lit. c EGV i.V.m. Art. 65 EGV ist der Rat zu Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen ermächtigt. Obwohl der hierauf basierende Aktionsplan des Rates in Ansätzen eine Sachrechtsvereinheitlichung im Bereich des Privatrechts zu verfolgen scheint⁸⁰⁸, kann diese Ermächtigungsgrundlage angesichts des klaren Wortlautes „Zivilrechtssachen mit grenzüberschreitenden Bezügen“ (Art. 65 EGV) jedenfalls für eine umfassende Privatrechtsvereinheitlichung nicht in Betracht gezogen werden.⁸⁰⁹

Abgesehen von einem direktem Rückgriff auf die Ermächtigungsnormen der Verträge könnte ferner eine Ermächtigung aufgrund des Rechtsgemeinschaftsgedanken erwogen werden. Es wird vorgebracht, die Charakterisierung der EU als Rechtsgemeinschaft setze den Maßstab für das rechtliche Handeln von Gemeinschaftsorganen. Aufgrund der Allgemeinheit dieser Darlegung lässt sich eine spezielle Ermächtigung im Rahmen der Privatrechtsangleichung hieraus nicht ableiten.⁸¹⁰

⁸⁰⁶ So wird beispielsweise die Rechtsangleichungsbefugnis zur Sicherung der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 44 II lit. G EGV weit ausgelegt, so dass eine sehr allgemeine, auch das Zivilrecht betreffende, Rechtssetzungsbefugnis diskutiert wird, *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Union, 79 ff., 87; Überblick über spezielle Rechtsangleichungszuständigkeiten bei *Oppermann*, Europarecht, Rz. 1221 ff.

⁸⁰⁷ Die Außenhaftung des Arbeitnehmers wird als Gegenstand einer Regelung unter Art. 138, „Verbesserung der Arbeitsumwelt“ diskutiert, *Blanpain/Engels*, European Labour Law, Rn. 461.

⁸⁰⁸ Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrages über den Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Abl. EG 1999 C 19/1 Nr. 41 lt. F) spricht in der deutschen Fassung von einheitlichen privatrechtlichen Vorschriften für den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachgütern, in der englischen Version jedoch von der Vereinheitlichung der internationalen Privatrechtsvorschriften zum Gutglaubenserwerb. Während die Normgebung nach der deutschen Fassung nicht vom Wortlaut des Art. 65 EGV gedeckt ist, fällt eine mit der englischen Variante verfolgte Vereinheitlichung unter Art. 65 b) EGV.

⁸⁰⁹ *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 477.

⁸¹⁰ *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 17.

Gleiches gilt für die Überlegung, die Kompetenz zu Änderungen im Bereich des Privatrechts, hierunter auch die Außenhaftung, aus dem Gedanken der Verfolgung von Gemeinschaftszielen herzuleiten.⁸¹¹ Dies setzt die Bedrohung eines in den Gemeinschaftsverträgen niedergelegten Zieles voraus. Zumeist wird sich eine Vereinheitlichung aus dem Gedanken des ordnungsgemäßen Funktionierens des Gemeinsamen Marktes oder Binnenmarktes entwickeln. Die Regelung muss sich der angestrebten Binnenmarktförderung hingegen zuordnen lassen und insofern stimmig und begründet sein, Art. 253 EGV. Für die Zuteilung des Haftungsrisikos im Rahmen der Außenhaftung kann anhand der zuvor⁸¹² getroffenen Erwägungen festgestellt werden, dass unterschiedliche Regelungen in den Mitgliedsstaaten zu einer Wettbewerbsverzerrung führen.⁸¹³ Für die hier angestrebte umfassende Regelung des gesamten Zivilrechts kann eine Zuordnung sämtlicher zivilrechtlicher Regelungsbereiche zu einer Marktverzerrung nicht erfolgen. Aufgrund der Unbestimmtheit der Rechtsgrundlage „Verfolgung von Gemeinschaftszielen“ ist überdies eine Kodifikation auf dieser Basis nicht empfehlenswert. Ein umfangreiches Projekt wie das der Privatrechtsangleichung sollte nicht auf eine anfechtbare und zudem nicht explizit niedergelegte Ermächtigungsgrundlage gestützt werden.

Allein eine geeignete Rechtsgrundlage ohne Fallstricke zu finden gestaltet sich, aus den angeführten Gründen, im Rahmen des aktuellen EGV schwierig.

5.2.3.2.2 Regelungsinstrumente

Indes eignen sich auch die zur Verfügung stehenden Maßnahmen des sekundären Gemeinschaftsrechts nicht uneingeschränkt zur Schaffung eines einheitlichen Zivilrechts. Als verbindliche Regelungsinstrumente stehen gem. Art. 249 EGV Richtlinien, Verordnungen und Entscheidungen zur Verfügung. Gemäß Art. 249 EGV sind Entscheidungen nur gegenüber dem Adressaten bindend,⁸¹⁴ es fehlt demnach an der allgemeinen Anwendbarkeit der getroffenen Regelung. Daher kommt diese Form, ebenso wie Empfehlungen und Stellungnahmen als unverbindliche Maßnahmen des sekundären Gemeinschaftsrechts, als Harmonisierungsmaßnahme grundsätzlich nicht in Betracht.

5.2.3.2.2.1 *Richtlinien*

⁸¹¹ Müller-Graff, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 18.

⁸¹² Siehe 5.1.3.

⁸¹³ Zu der grundsätzlichen Eignung des Art. 253 EGV als Rechtsgrundlage einer Privatrechtsvereinheitlichung und den Anwendungsvoraussetzungen im einzelnen Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Union, 87 ff.

⁸¹⁴ Art. 249 and Art. 254 (3) EGV.

Richtlinien stellen gegenwärtig die häufigste Rechtsform in der Union dar.⁸¹⁵ Sie gewähren eine Rechtsdurchsetzung durch Umsetzung der Richtlinie in den nationalen Rechtsordnungen, wobei eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien nur im Ausnahmefall bei unterlassener Umsetzung durch einen Mitgliedsstaat eintritt.⁸¹⁶ Vorteile bietet die Richtlinie durch die Einbettung ihrer Regelungsinhalte in die nationale Rechtsordnung, die starke Bindungswirkung aufgrund der Unkündbarkeit und die Gewähr einheitlicher Auslegung durch den EuGH.⁸¹⁷ Die Gemeinschaft bedient sich aufgrund des Grundsatzes der Subsidiarität meist der Richtlinie, da diese den Vorteil bietet weniger stark in die nationalen Rechtsstrukturen einzugreifen. Richtlinien ermöglichen es der Union auch solche Regelungen zu treffen, die Mitgliedsstaaten lediglich einen Mindeststandard oder das gewünschte Ergebnis der Maßnahme vorgeben. Im Rahmen einer Privatrechtskodifizierung bietet die Richtlinie den Vorteil, dass eine vollständige Ersetzung nationaler Rechte durch die Festlegung von Rahmenregelungen vermieden werden.⁸¹⁸ Zumindest in Teilen könnte auch lediglich ein Verweis der nationalen Rechte auf technische Vorschriften erfolgen. Die Bindung der Mitgliedsstaaten selbst könnte durch inhaltliche oder zeitliche Beschränkungen im Rahmen von Sonderklauseln flexibel gehandhabt werden.⁸¹⁹

Trotz dieser Flexibilität ist der Anwendungsbereich der Richtlinien jedoch stets dann nicht mehr betroffen, wenn das Ziel einer Maßnahme nur durch die Heranziehung anderer Rechtsformen erreicht werden kann. So liegt es auch hier. Das Privatrecht ist auf Genauigkeit angewiesen. Diese ist durch die Einbettung in nationale Rechte nicht gewährleistet, denn die nationalen Eigenheiten einer Rechtsordnung würde das Privatrecht beeinflussen und zu Unterschieden und Ungenauigkeiten führen. Eine europäische Kodifikation wird sich somit nicht in präexistente und heterogene nationale Zivilrechtssystematiken einfügen können, denn sie ist vielmehr selbst Determinante des Systems.⁸²⁰ Gerade im ausgefeilten dogmatischen System des Privatrechts kann eine „Einspeisung“ von zivilrechtlichen Grundsätzen in die nationalen Ordnungen Verzerrungen in den Voraussetzungen und Folgen der Haftung ergeben. Dies droht insbesondere, wenn

⁸¹⁵ Eine Aufstellung der privatrechtsangleichenden Richtlinien und Richtlinienentwürfe im Annex zu: *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: *Hartkamp* u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code.

⁸¹⁶ *Oppermann*, Europarecht, Rz. 547 ff; zur Rechtsangleichung durch Richtlinien, insbesondere ihre Umsetzung durch die Judikative, *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 244 ff., 291 ff.

⁸¹⁷ *Taschner*, Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 234; *Hayder*, Privatrechtsvereinheitlichung durch die Europäische Gemeinschaft, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 238; *Remien*, Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts, JbJgZ 1991, 38.

⁸¹⁸ *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: *Hartkamp* u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 77.

⁸¹⁹ *Eiden*, in: *Bleckmann*, Europarecht, Rz.2167 – 2172.

⁸²⁰ *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 480.

die Richtlinie Begriffe einführt, die dem nationalen Recht ungewohnt oder entgegenstehend sind. Die damit verbundenen Umsetzungsprobleme zeigen sich besonders deutlich im Zivilrecht, welches mehr als andere Rechtsgebiete auf Begrifflichkeiten basiert. Um diese Problematik zu umgehen wird die Richtlinie daher eine entsprechend umfassende Regelung enthalten müssen. Eine Umsetzung solch genau detaillierter Zielformulierungen führt jedoch nicht mehr zu einer Einbettung der Richtlinie in nationales Recht, sondern verleitet den Gesetzgeber dazu Sondergesetze zu erlassen, wie es beispielsweise in Deutschland aufgrund der Produkthaftungs- und Verbraucherkreditrichtlinie geschehen ist. Der Vorteil der Richtlinie gegenüber der Verordnung oder einer unabhängigen Kodifizierung des Zivilrechts ist somit nicht mehr gegeben.⁸²¹

Die Richtlinie wird darüber hinaus zumeist eine Problemlösung mit Hilfe eines quasi unsichtbaren, zugrunde liegenden Rechtsprinzips anstreben. Dieses wird für den konkreten Fall zur Regelung einer Rechtssituation angewendet. Nicht nur solche europäischen Grundprinzipien, sondern auch der Versuch eine Rechtsvereinheitlichung durch Richtlinien zu schaffen charakterisiert die europäische Rechtsetzung im zivilrechtlichen Bereich.⁸²² Für eine flexible Rechtsetzung ist es allerdings vorteilhafter allein Rechtsgrundsätze aufzustellen, welche von den Gerichten und Rechtssubjekten selbst im konkreten Fall angewandt werden können. Allein die punktuelle Regelung einzelner Sachverhalte wird nicht zu einer Rechtsvereinheitlichung führen können. Der Umweg über die Richtlinie stellt eine Verkomplizierung des Rechts dar und ist daher verfehlt.

Die Rechtsangleichung durch Richtlinien verleitet den Normgeber ferner dazu, die Verantwortung, eine verbindliche Fassung des unmittelbar anwendbaren Rechts zu schaffen, weiterzureichen. Die professionelle Normgebung auf Gemeinschaftsebene kann dadurch beeinträchtigt werden. Trotz der Rechtsprechung des EuGH über die unmittelbare Drittwirkung kommt es darüber hinaus zu Verzögerungen in der nationalen Umsetzung der Richtlinie bzw. zu inhaltlich richtlinienwidriger oder mangelhafter Umsetzung.⁸²³ Gerade im Bereich des Zivilrechts, in welchem umgesetzte Richtlinien horizontale Wirkung entfalten sollen ist das Druckmittel der unmittelbaren Drittwirkung nicht mehr gegeben, denn der Staat ist gerade nicht mehr Verpflichteter.⁸²⁴ Auch das Verhältnis von nationalem Richterrecht zu Europäischem Recht birgt noch einige Fallstricke bei der Beurteilung und

⁸²¹ So i.E. auch *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 22; *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 479; *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: *Hartkamp* u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 81.

⁸²² *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: *Hartkamp* u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 77.

⁸²³ *Blaurock*, Europäisches Privatrecht, JZ 1994, 274; *Müller-Graff*, EC Directives as a Means of Private Law Unification, in: *Hartkamp* u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 81.

⁸²⁴ *Pechstein*, Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnisse der EG, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 26; *Blaurock*, Wege zur Rechtseinheit in Europa, in: *Starck* (Hrsg.) Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 108.

Auslegung der Richtlinien. Es ist unsicher, ob Richtlinien Sperrwirkung gegenüber schärferen nationalem Richterrecht entfalten und auch die Frage, ob die Rechtsprechung des EuGH nationale Gerichte bis zur Auslegung von mitgliedstaatlichen Recht *contra legem* beeinflussen kann, ist noch nicht hinreichend beantwortet.⁸²⁵ Zuletzt birgt die Rechtssetzung durch Richtlinien die Notwendigkeit die Umsetzung laufend zu kontrollieren.⁸²⁶ Als Instrument einer Rechtsvereinheitlichung im Privatrecht ist die Richtlinie daher nicht geeignet.

5.2.3.2.2 Verordnungen

Verordnungen wirken direkt innerhalb der Gemeinschaft. Der Verordnungsgeber schafft unmittelbar anwendungsfähige Regelungen, wodurch Umsetzungsprobleme vermieden werden. Deshalb wird auch von „Europäischen Gesetzen“ gesprochen.⁸²⁷ Die Auslegung dieser Rechtssätze ist durch die Tätigkeit des EuGH gewährt, so dass innerhalb der Union eine einheitliche Rechtsanwendung gesichert ist.⁸²⁸

Im Vergleich zu anderen Regelungsansätzen wie dem Staatsvertrag wurde angeführt, Verordnungen böten aufgrund ihres festgeschriebenen Verfahrens die Vorteile durch Effizienz und Kürze der Verhandlungen zu schnellen Ergebnissen zu führen.⁸²⁹ Sie seien auch politisch weniger anfällig für Störungen durch nationale Interventionen im Entwurfsstadium. Die Umsetzung sei für die teilnehmenden Staaten vereinfacht, denn sowohl ein fehlendes Ratifikationsverfahren als auch die Klarheit über den Zeitpunkt des Inkrafttretens vereinfache die Umsetzung. Ferner sei die einheitliche Änderung und Weiterentwicklung des Rechts erleichtert. Materiell sei vor allem die unmittelbare Geltung in allen Mitgliedsstaaten hervorzuheben. Zuletzt gewähre der gemeinschaftliche Rechtsschutz der an Verordnungen geknüpft ist eine demokratische und zuverlässige Anwendung des Rechts.⁸³⁰

Der Charakter der Verordnungen führt aber andererseits zu der Notwendigkeit einer Anpassung des nationalen Rechts, um gegenläufige Aussagen zwischen Gemeinschaftsrecht und die Materie indirekt betreffendes nationales Recht zu vermeiden. Eine Integration in bestehende Regelungswerke kann so nicht erfolgen. Hier knüpft auch die berechtigte Kritik an, einzelne Regelungen, welche durch Verordnungen getroffen

⁸²⁵ *Blaurock*, Europäisches Privatrecht, JZ 1994, 275.

⁸²⁶ *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 22.

⁸²⁷ Für alle: *Oppermann*, Europarecht, Rz. 540 ff.; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, Rn. 347 ff, dagegen auf die in der Praxis sehr uneinheitliche Anwendung von Verordnungen durch Mitgliedsstaaten hinweisend: *Blaurock*, Wege zur Rechtseinheit in Europa, in: *Starck* (Hrsg.) Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 107.

⁸²⁸ *Schwartz*, Wege zur EG-Rechtsvereinheitlichung, in: FS für von Caemmerer, 1106.

⁸²⁹ *Remien*, Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts, JbJgZ 1991, 39.

⁸³⁰ *Schwartz*, Wege zur EG-Rechtsvereinheitlichung, in: FS für von Caemmerer, 1111 ff.

werden, könnten nicht auf einer gemeinschaftsprivatrechtlichen Gesamtordnung aufbauen.⁸³¹ Sie stünden damit alleine ohne ein, für das Privatrecht notwendiges, Rechtssystem und führten darüber hinaus zu einer Störung der Einheitlichkeit innerstaatlicher Rechtsordnungen.⁸³² Die Masse der bis zum heutigen Tage durch die Union erlassenen Verordnungen hat auch praktisch bisher nicht zu einer Vereinheitlichung des Rechts geführt, sondern eine rechtliche Flickenlandschaft hinterlassen. Die Rechtsform der Verordnung ist wie die Richtlinie daher ebenfalls ungeeignet um eine Regelung im Rahmen des Privatrechts zu treffen.

Zwar wird dagegen eingewandt, solche Einzelrechtsakte könnten jeweils mit verschiedenen Techniken an die nationalen Rechtsordnungen angeknüpft werden.⁸³³ So könnten Mitgliedsstaaten nicht nur zum Erlass von Rechtsnormen veranlasst werden. Die Einfügung der Verordnung in nationales Recht könne auch über eine Verweisung des Europarechts auf nationale Normen oder die Ermächtigung der Mitgliedsstaaten zum Erlass von Sondervorschriften, die ausnahmsweise von den europäischen Verordnungen abweichen, erfolgen.⁸³⁴ Die Verknüpfung mit unterschiedlichen mitgliedsstaatlichen Rechten ist jedoch nicht dafür geeignet, eine einheitliche Privatrechtsangleichung zu schaffen. Im Gegenteil muss bei einer solchen Vorgehensweise damit gerechnet werden, dass die Einbettung in nationale Rechtsstrukturen zu unterschiedlicher Rechtsanwendung führt.

Positiv vermerkt wird, dass gerade dieses Nebeneinander von europäischem Recht und nationalem Recht den Mitgliedsstaaten zumindest ansatzweise erlaube einer Ungleichbehandlung durch zu einheitliche Beurteilung ungleicher sozialer und kultureller Ausgangslagen oder einer Versteinigung des Rechts entgegenzuwirken. Denn durch das Fortbestehen nationaler Regelungsinhalte könne die europäische Rechtssetzung bereichert und den spezifischen Bedürfnissen der Regionen angepasst werden.⁸³⁵ Fraglich ist, inwiefern dieser Vorteil im Rahmen einer Harmonisierung des gesamten Zivilrechts wirklich besteht. Denn ein einheitliches Zivilgesetzbuch in Form einer Verordnung lässt kaum mehr Platz für die Anwendung nationaler zivilrechtlicher Normen. Im Gegenteil stellte in diesem Fall der Rückgriff auf nationale Gesetze Mängel am Regelungsumfang und -inhalt des Ordnungsgebers bloß.

Zugunsten einer Verordnungsregelung wird auch vorgebracht, die richterliche Rechtsfortbildung des EuGH bewirke eine indirekte Rechtsangleichung bei der Auslegung

⁸³¹ *Blaurock*, Wege zur Rechtseinheit in Europa, in: *Starck* (Hrsg.) Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 107.

⁸³² *Hauschka*, Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, JZ 1990, 531 ff; *Blaurock*, Europäisches Privatrecht, JZ 1994, 274.

⁸³³ *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 22.

⁸³⁴ *Abmeier*, Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung und nationales Recht, NJW 1986, 2988, 2989.

⁸³⁵ *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 484.

der Verordnungsanwendungen, zumal sie auch allgemeine Rechtsgrundsätze der Mitgliedsstaaten berücksichtigen könne.⁸³⁶ Allerdings ist zum einen die Rechtsangleichungsautorität des EuGH skeptisch zu betrachten.⁸³⁷ Zum anderen würde der Verweis auf eine höchstrichterliche Rechtsprechung den Verordnungsgeber von seiner Verantwortung eine durchsichtige und handhabbare Rechtssetzung zu betreiben, entbinden und zudem zu der immensen Arbeitsbelastung des EuGH hinzufügen. Es kann hierbei nicht darauf ankommen dem EuGH, dessen primäre Aufgabe gem. Art. 220 EGV in der Wahrung, also der Überwachung und Fortbildung des Gemeinschaftsrechts liegt,⁸³⁸ die Rechtsbildung zu übertragen.

Eine Vereinheitlichung des Privatrechts durch Einzelakte erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass später legislative Verbesserungs- und Reparaturmaßnahmen vorgenommen werden müssten, um die Eingriffe in die nationalen Rechte systemkonform zu gestalten.⁸³⁹ Allerdings besteht diese Gefahr hinsichtlich jeder Form legislativen Eingreifens, sei es durch Verordnungen, Staatsverträge oder andere Normen. Gleiches gilt für den Einwand, durch sekundärrechtliche Vereinheitlichung entstünden hohe Kosten für die nationalen Privatrechtsordnungen.⁸⁴⁰ Die möglichen Kosten im Rahmen einer Rechtsvereinheitlichung durch Sekundärrecht wären jedoch nicht höher als die Kosten, die im Rahmen einer anderweitigen Kodifizierung der vorgeschlagenen Regelung anfallen würden. Würde die Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung im Rahmen einer Behinderung des (Binnen-)Marktes grundsätzlich bejaht werden, käme es somit auf die Kostenfrage nicht an.

Letztlich scheitert die Heranziehung der Verordnung als Mittel der Rechtsangleichung an der Notwendigkeit für jede Regelung gesondert eine Ermächtigungsgrundlage vorweisen zu müssen. Unabhängig von den Fallstricken, die mit der Heranziehung der Verordnung verbunden sind und trotz der Vorteile die die Verordnung bezüglich ihrer Flexibilität bietet, ist das Zivilrecht kein möglicher Regelungsgegenstand, da es an einer umfassenden Ermächtigungsgrundlage mangelt.⁸⁴¹

⁸³⁶ Müller-Graff, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 23.

⁸³⁷ Mit Beispiel: Hommelhoff, Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), 71, 99.

⁸³⁸ Herdegen, Europarecht, Rn. 148.

⁸³⁹ Ähnlich auch: Bangemann, Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union, ZeuP 1994, 378.

⁸⁴⁰ Müller-Graff, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 19.

⁸⁴¹ Siehe 5.2.3.2.1.

5.2.3.3 Zwischenergebnis

Im Rahmen des Sekundärrechts der Europäischen Gemeinschaften sowie der anderen Rechtssetzungsmöglichkeiten der Union ist eine Zivilrechtsvereinheitlichung nicht empfehlenswert. Weder stehen geeignete Ermächtigungsnormen zur Verfügung, noch Regelungsinstrumente.⁸⁴² Von punktuellen Maßnahmen im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten ist hingegen abzuraten, da eine einheitliche Regelung wie es ein europäisches Zivilgesetzbuch erfordert, unter diesen Prämissen nicht zu verwirklichen ist. Zu sehr besteht die Gefahr Stückwerk zu schaffen.

Zum jetzigen Zeitpunkt kommt daher eine europarechtliche Regelung nicht in Betracht. In Anbetracht der Entwicklung des Europarechts ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass in Zukunft Ermächtigungsgrundlagen und Entscheidungsmuster entwickelt werden, die ein ehrgeiziges Projekt wie die Zivilrechtsharmonisierung im Rahmen der Europäischen Union möglich machen.

5.2.4 Berücksichtigung allgemeiner Europarechtlicher Rechtsgrundsätze

Ob durch europäische Maßnahmen gleich welcher Art Rechtsangleichung stattfinden kann wird auch durch europarechtliche Grundsätze beeinflusst. Diese Rechtsprinzipien gelten als primäres Gemeinschaftsrecht⁸⁴³ und sind lückenlos im europäischen Recht anzuwenden. Zwar kommt nach den vorstehenden Ergebnissen die Rechtsetzung durch sekundärrechtliche Maßnahmen der europäischen Gemeinschaft zum jetzigen Zeitpunkt nicht in Betracht. Die europäischen Grundsätze sind aber zumindest im Hinblick auf eventuelle primärrechtliche Rechtsetzung oder andere, durch die Union durchgeführte Rechtsvereinheitlichung zu berücksichtigen.

Bei allen Maßnahmen sind demnach die Grundsätze von Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit (Art. 5 EGV, Art. 2 EUV) zu beachten. Andere Rechtsgrundsätze wie das Willkürverbot, der Vertrauensschutz und die Rechtssicherheit⁸⁴⁴ sind diesbezüglich nicht einschlägig, denn sie sind im Rahmen einer Zivilrechtsangleichung lediglich auf inhaltlicher Ebene zu berücksichtigen, nicht aber bei der Entscheidung über die Art und Weise der Durchsetzung.

5.2.4.1 Subsidiarität

Gem. Art. 5 Abs. 2 EGV erlaubt der Grundsatz der Subsidiarität der Gemeinschaft nur

⁸⁴² so auch: *Pechstein*, Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnisse der EG, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 32.

⁸⁴³ *Herdegen*, Europarecht, Rz. 169.

⁸⁴⁴ zu den Rechtsgrundsätzen Übersicht in: *Herdegen*, Europarecht, Rz. 169-173.

dann ein Eingreifen, wenn das Ziel der Maßnahme nicht besser durch Maßnahmen der Mitgliedsstaaten erreicht werden kann.

Er findet nur dann Anwendung, wenn nicht eine ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Union in einem bestimmten Gebiet gegeben ist.⁸⁴⁵ Für eine Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Privatrechts ist eine solche ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft jedenfalls zu verneinen, so dass das Subsidiaritätsprinzip einschlägig ist.⁸⁴⁶

Der genaue Inhalt des Grundsatzes ist durch die Niederlegung im EGV verschleiert worden.⁸⁴⁷ So ist unklar, ob bei der Ausübung der Zuständigkeiten die positive Voraussetzung Art. 5 Abs. 2 EGV (Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden kann) in aus der negativen Voraussetzung (Ziele auf Ebene der Mitgliedsstaaten nicht ausreichend erreicht werden können) folgt oder ob diese alternativ oder gleichberechtigt nebeneinander stehen.⁸⁴⁸ Ferner entstehen aus den unterschiedlichen Intentionen von Gemeinschaft und Mitgliedsstaaten, nämlich einerseits eine Kompetenzzuweisung zu treffen, und andererseits eine Kompetenzschranke zu setzen, Spannungsfelder in der Auslegung des Art. 5.⁸⁴⁹

Unabhängig von dieser Definitionsschwierigkeit ist jedoch davon auszugehen, dass das Subsidiaritätsprinzip einer Vereinheitlichung der Außenhaftung und der Bildung eines einheitlichen europäischen Zivilrechts nicht entgegensteht.⁸⁵⁰

In der vorliegenden Studie wurden der Staatsvertrag⁸⁵¹ und das Modellgesetz⁸⁵² als zur Harmonisierung geeigneten Instrumente bestimmt. Bei beiden Vereinheitlichungsmaßnahmen handelt es sich um mitgliedsstaatlich bestimmte Mittel. So dass dem Vorrang der Zielerreichung durch mitgliedsstaatliche Maßnahmen Genüge getan

⁸⁴⁵ Oppermann, Europarecht, Rz. 518.

⁸⁴⁶ Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Union, 59, 60.

⁸⁴⁷ Und auch durch die Anwendung nicht konkretisiert worden: Schwartz, Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft, ZeuP 1994, 575.

⁸⁴⁸ Die ungenaue Formulierung rügend und wohl für ein Nebeneinander der Voraussetzungen plädierend: *de Quadros*, Das Subsidiaritätsprinzip im EG-Recht nach Maastricht, in: *Tomuschat u.a.* (Hrsg.), Europäische Integration und nationale Rechtskulturen, 347 f.

⁸⁴⁹ Näher: *Beutler u.a.*, Die Europäische Union, 85. Im Rahmen des Amsterdamer Vertrages wurde ein Protokoll verabschiedet, das zur Konkretisierung des Prinzips, auch im Hinblick auf ein einheitliches europäisches Zivilgesetzbuch, wichtige Bestimmungen enthält. Die vorliegenden Fragen bleiben dennoch weiterhin offen. Ausgeführt mit genauem Wortlaut in: *Pechstein*, Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnisse der EG, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 22 ff.

⁸⁵⁰ so im Ergebnis auch: *Kieninger*, 100 Jahre BGB- Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, JbJgZ 1996, 256.

⁸⁵¹ 5.2.1.

⁸⁵² 5.2.2.1.

wurde.

Zwar sprechen einige Argumente dafür, dass gemeinschaftsrechtliche Instrumente besser zur Zielverwirklichung geeignet wären. So wurde auf die zögerliche Umsetzung von rechtsverbindlichen Maßnahmen durch die Mitgliedsstaaten und die bisherigen Erfahrungen mit völkerrechtlichen Abkommen verwiesen, die darauf schließen lassen, dass eine Rechtsvereinheitlichung auf freiwilliger Basis durch die Einzelstaaten weniger effektiv wäre als eine solche durch Gemeinschaftsmaßnahmen.⁸⁵³ Genauso ließe sich auch einwenden, dass Mitgliedsstaaten besser als die Union eine Rechtsvereinheitlichung durch gegenseitige Anerkennung von fremden Rechtsinstituten mit Hilfe nationaler Maßnahmen vorantreiben könnten.⁸⁵⁴ Die gegenseitige Anerkennung ist jedoch aufgrund der durch eine vollumfängliche europaweite gegenseitige Rechtsinstitutsanerkennung entstehenden Irritation der Anwender⁸⁵⁵ kein geeignetes Mittel zur Durchsetzung einer Rechtsangleichung. Sie ist daher auch der Angleichung auf Gemeinschaftsebene nicht vorzuziehen. Ähnliche Argumentationen können zu anderen Vereinheitlichungsmaßnahmen angeführt werden.

Hier zeigt sich indessen, dass die Diskussion über die Subsidiarität in erster Linie zu einer Abwägung über die Rechtssetzungsgrundlage bzw. die Rechtssetzungsart verfällt, mithin nicht mehr seiner ursprünglichen Abwägunsfunktion dient. Zur Prüfung einer Harmonisierungsinitiative ist daher das Subsidiaritätsprinzip grundsätzlich nicht zweckdienlich und in diesem Kontext daher lediglich im Rahmen der Erforderlichkeit bestimmter Angleichungsmaßnahmen heranzuziehen.⁸⁵⁶

Das Subsidiaritätsprinzip steht demzufolge einer Rechtsharmonisierung nicht entgegen. Dies beruht nicht nur auf der Einbindung der Mitgliedsstaaten bei der Art der Harmonisierung, sondern auch darauf, dass das Subsidiaritätsprinzip auch für die Beurteilung der vorliegenden Frage nach einer Harmonisierung des Privatrechts ein ungeeigneter Maßstab und somit nicht zu berücksichtigen ist.

5.2.4.2 *Verhältnismäßigkeit*

Neben dem Subsidiaritätsprinzip ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen europarechtlicher Sachverhalte zu berücksichtigen. Hierbei ist unter mehreren geeigneten

⁸⁵³ Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Union, 62; Lubitz, Die Angleichung des Privatrechts in den Mitgliedsstaaten durch die europäische Richtlinie und Verordnung, 59.

⁸⁵⁴ Das Subsidiaritätsprinzip in diesem Sinne als Hinweis auf eine Strategie der Rechtsangleichung durch Normverweise und gegenseitige Anerkennung verstehend: Lecheler, Das Subsidiaritätsprinzip, 122 ff.

⁸⁵⁵ Siehe näher: 5.2.2.3.

⁸⁵⁶ Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Union, 62; für die Begrenzung der Regelungsdichte des Gemeinschaftsrechtes durch das Subsidiaritätsprinzip: Lubitz, Die Angleichung des Privatrechts in den Mitgliedsstaaten durch die europäische Richtlinie und Verordnung, 59 f.

Maßnahmen immer die am wenigsten belastende zu wählen. Diese Maßnahme muss auch erforderlich sein. Die verursachten Nachteile müssen darüber hinaus in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.⁸⁵⁷ Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung findet bei Maßnahmen der Europäischen Union auch im Rahmen der Aufgabenbereichseröffnung und des Kompetenznormzieles statt. Wird eine dieser Prüfungen zuvor durchgeführt so ist im Hinblick auf die konkrete Rechtsangleichungsmaßnahme nicht weiter zu prüfen, um Wiederholungen zu vermeiden.⁸⁵⁸

Die Untersuchung hat gezeigt, dass der Staatsvertrag⁸⁵⁹ und das Modellgesetz⁸⁶⁰ geeignet sind um eine Harmonisierung des Zivilrechts zu erreichen.⁸⁶¹ Beide sind jedoch nicht unbedingt auf die Europäischen Union beschränkt. Im Gegenteil ist es wünschenswert zugunsten einer weiteren Marktentwicklung solche Instrumente auch außerhalb der Gemeinschaften zur Verfügung zu stellen. Dennoch kann das Verhältnismäßigkeitsprinzip als ein den europäischen Rechtsordnungen gemeinsamer Grundsatz⁸⁶² Eingang in die Erwägungen finden.

Die Zivilrechtsharmonisierung durch die beiden genannten Maßnahmen ist selbst geeignet, um eine Einheit im Bereich des Privatrechts zu erlangen. Bei der Wahl des mildesten Mittels stehen sich Staatsvertrag und Modellgesetz gegenüber. Zwar führt der Staatsvertrag in Kürze zu einer Angleichung des Zivilrechts, während das Modellgesetz diesen Erfolg nur über einen längeren Zeitraum schafft. Im Hinblick darauf, dass auf dem Modellgesetz später ein Staatsvertrag aufbauen kann, liegt hierin die mildere Methode der Rechtsangleichung. Gegenüber dem Staatsvertrag gibt das Vorgehen über ein Modellgesetz mehr Flexibilität aufgrund des Nebeneinander von nationalem und internationalem Recht. Es ist darüber hinaus auch die sanftere Art und Weise eine

⁸⁵⁷ Sofern dies sich nicht aus Art. 5 Abs. 3 EGV (Verhältnismäßigkeit im Verhältnis der Mitgliedsstaaten zur Gemeinschaft) ergibt, siehe u.a.: Rs. 331/88 (*Fedesa*, Slg. 1990, I-4023, Rn. 13); Rs. 133/93, Rs. 300/93, Rs. 362/93 (*Crispolitoni*, Slg. 1994, I-4863, Rn. 4); Rs. 157/96 (*The Queen v. Ministry of Agriculture, ex parte: National Farmers' Union*; Slg. 1998, I-2236, Rn. 60); Rs. 116/82 (*Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland; re: Qualitätswein*; Slg. 1986, I-2519, Rn. 21); Rs. 44/79 (*Hauer*, Slg. 1979, I-3727, Rn. 23); Rs. 122/78 (*Buitoni*, Slg. 1979, I-677, Rn. 16-18); Rs. 181/84 (*Man*, Slg. 1985, I-2889, Rn. 20); Rs. 180/96 (*BSE*, Slg. 1998, I-2265).

⁸⁵⁸ *Lubitz*, Die Angleichung des Privatrechts in den Mitgliedsstaaten durch die europäische Richtlinie und Verordnung, 51 ff.

⁸⁵⁹ 5.2.1.

⁸⁶⁰ 5.2.2.1.

⁸⁶¹ *Pechstein*, Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnisse der EG, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 24 f. wendet ein, das Verhältnismäßigkeitsprinzip stehe einer Sachrechtsvereinheitlichung entgegen, da eine Kollisionsrechtsvereinheitlichung das mildere Mittel sei. Dem ist jedoch nicht zu folgen, denn wie erläutert ist die Kollisionsrechtsvereinheitlichung weder inhaltlich noch umfänglich geeignet eine entsprechende Rechtsangleichung zu erzielen.

⁸⁶² So auch vom EuGH als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt, EuGHE 1979, 713 ff, Rs. 138/78 „*Stölting*“, danach st. Rspr.; Oppermann, Europarecht, Rz. 521.

Harmonisierung herbeizuführen, denn die partizipierenden Staaten müssen zunächst keinen Umstellungsaufwand betreiben. Zuletzt kann im Gegensatz zum Staatsvertrag eine Rechtsentwicklung stattfinden, die nicht durch schwer verhandelbare Änderungen in Staatsverträgen erfolgen muss. Sofern das Verhältnismäßigkeitsprinzip angewandt wird, ist dem Modellgesetz der Vorzug zu geben. Angesichts seiner geringen Eingriffe in die nationalen Rechtsordnungen und der trotz allem gegebenen Effektivität der Regelungen über Modellgesetze⁸⁶³ kann auch die Erforderlichkeit und Angemessenheit bejaht werden.

5.2.4.3 Zwischenergebnis

Europarechtliche Grundsätze stehen einer Rechtsvereinheitlichung durch die für geeignet erachteten Harmonisierungsmittel des Staatsvertrages⁸⁶⁴ und des Modellgesetzes⁸⁶⁵ nicht entgegen. Bei Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist der Vereinheitlichung durch Modellgesetz der Vorrang zu geben.

5.3 Ergebnis

Die Außenhaftung des Arbeitnehmers wird in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union unterschiedlich geregelt. Die dadurch bedingten Einschränkungen auf dem Markt sind zwar nicht derart gravierend, dass sofortiges Eingreifen Not tut. Insbesondere ist die derzeitige Rechtslage nicht europarechtswidrig. Auf lange Sicht bietet sich aufgrund der umfassenden Auswirkungen der Außenhaftungsregelungen und der Möglichkeit soziale Kosten zu senken⁸⁶⁶ jedoch eine Vereinheitlichung und Berichtigung des entsprechenden Sachrechts zugunsten der vorgeschlagene Versicherungsregelung⁸⁶⁷ an. Diese sollte dann nicht überstürzt erfolgen, sondern in einen Kanon von Grundprinzipien des Deliktsrechts, im Rahmen eines einheitlichen europäischen Zivilgesetzbuches, eingebettet werden.⁸⁶⁸

Die Analyse hat ergeben, dass jede Art der Zivilrechtsvereinheitlichung Vor- und Nachteile bietet. Eine Harmonisierung des Privatrechts wird daher immer einen Kompromiss darstellen. Von den diskutierten Regelungsalternativen überzeugen am ehestens der Staatsvertrag⁸⁶⁹ und das Modellgesetz⁸⁷⁰. Zum jetzigen Zeitpunkt erscheint

⁸⁶³ siehe im Detail 5.2.2.1.

⁸⁶⁴ 5.2.1.

⁸⁶⁵ 5.2.2.1.

⁸⁶⁶ 5.1.3.

⁸⁶⁷ 4.3.3.2.3.

⁸⁶⁸ 5.1.1.

⁸⁶⁹ 5.2.1.

⁸⁷⁰ 5.2.2.1.

die Wahl des Modellgesetzes als die sinnvollste. Dies gilt vor allem im Hinblick auf ein gemeinsames Partizipieren der Europäischen Gemeinschaften an dem Projekt „einheitliches europäisches Zivilgesetzbuch“, denn diese sind an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden und müssen das mildeste der zur Verfügung stehenden Mittel wählen.⁸⁷¹ Die gleichen Erwägungen finden jedoch auch statt, wenn die einzelnen Mitgliedsstaaten zwischen diesen beiden Möglichkeiten der Regelung wählen sollen. Dem Modellgesetz ist dabei aufgrund seiner Flexibilität und der geringen Eingriffsintensität gegenüber dem Staatsvertrag der Vorzug zu geben.

⁸⁷¹ 5.2.4.2.

6 Zusammenfassung

Die Rechtsvergleichung hat ergeben, dass innerhalb Europas sehr unterschiedliche Regelungsansätze hinsichtlich der Haftungsbelastung des Arbeitnehmers im Falle der Schädigung Dritter bestehen. Diese umfassen sowohl die uneingeschränkte Einstandspflicht des Arbeitnehmers⁸⁷², als auch eine Haftungsteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. In der Mehrzahl der Rechtsordnungen wird die Haftung anhand des Verschuldensgrades des Arbeitnehmers bei dem schadensauslösenden Verhalten aufgeteilt. Die Ausgestaltung der Haftung ist dabei vielfältig und umfasst beispielsweise Aufteilung der Haftung nach einem „Alles-oder-Nichts-Prinzips“⁸⁷³ oder Quotelungslösungen⁸⁷⁴.

Auffällig sind die Sonderwege welche die Haftung des Arbeitnehmers aufgrund des Eintretens einer Versicherung auf vorsätzliches Verhalten limitieren.⁸⁷⁵ Ein solches Vorgehen wird auch hier für eine einheitliche europäische Regelung vorgeschlagen. Die Last der Risikosicherung wird dabei auf die Allgemeinheit übertragen, denn die Kosten der Versicherung tragen in diesen Fällen die Arbeitgeber, die sie über die Preiskalkulation an die Kunden und somit die Gesellschaft weitergeben. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich, da die Allgemeinheit auch den Nutzen einer solchen Risikosicherung trägt. Denn die volle Gewähr der Schadensregulierung wird allein durch das Eintreten solventer Unbeteiligter gewährleistet. Die Versicherungen sind im Gegensatz zu den am Arbeitsverhältnis Beteiligten nicht einem, durch einen Haftungsfall verursachten, Insolvenzrisiko ausgesetzt, so dass die Begleichung der Schadenskosten nicht gefährdet wird.

Bereits die Prämisse zu einer solchen Regelung, nämlich die Übertragung des originären Haftungsrisikos vom Arbeitnehmer auf den Arbeitgeber ist aus Wertungsgesichtspunkten heraus gerechtfertigt. Entgegen der schadenersatzrechtlichen Grundsätze „Haftung für eigenes Verschulden“ und „kein Unrecht ohne Schuld“ ist der Arbeitgeber für Verschulden des Arbeitnehmers, zumindest anteilig, in Anspruch zu nehmen. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers⁸⁷⁶ verpflichtet ebenso wie die Schaffung und Beeinflussung des Betriebsrisikos⁸⁷⁷ durch denselben dazu, eine Haftungsverlagerung auf den Arbeitgeber herbeizuführen. Denn das soziale Interesse am Schutz des Arbeitnehmers überwiegt aus diesen Gründen. Daher ist es gerechtfertigt trotz entgegenstehender Interessen des Arbeitgebers den Arbeitnehmer zumindest teilweise von der Außenhaftung zu befreien und so eine Gleichgewichtung zwischen den Interessen der Beteiligten herzustellen. Diese

⁸⁷² siehe unter 2.1.

⁸⁷³ Beispielsweise 2.2.2.

⁸⁷⁴ z.B. 2.2.1 und 2.2.4.

⁸⁷⁵ so in Frankreich und England, 2.4.1 und 2.4.2.

⁸⁷⁶ Siehe 3.1.2.

⁸⁷⁷ Siehe 3.1.3.1.

erfordert es einen europäischen Entwurf der Haftungsregelung so zu gestalten, dass die Risikotragung von Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Dritten im Verhältnis zu ihren Schutzinteressen und Risikopotentialen stehen. Dies steht auch im Einklang mit einem im europäischen Haftungsrecht immer stärker hervortretenden Prinzip der Unternehmenshaftung.⁸⁷⁸

Vor diesem Hintergrund bieten sich sowohl die uneingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers, als auch die des Arbeitgebers nicht als Regelungsmodell an, denn die empfohlene Haftungsaufteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer findet hier keine Berücksichtigung. Daher müssen auch die Vorteile, die solche Regelungsansätze für die Rechtsklarheit bringen, zurücktreten.

Allerdings ist auch eine Haftungsquotelung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer von Makel beeinträchtigt. Die Einschnitte im Schutzbedürfnis der einzelnen Beteiligten sind jedoch geringer sofern die Mängel einer Haftungsaufteilung durch Sonderregelungen reduziert werden, als wenn die schiefe Wertung einer einseitigen Haftungstragung von Arbeitnehmer oder Arbeitgeber durch Spezialgestaltungen gemindert werden würde.⁸⁷⁹

Idealerweise sollte einer geteilten Haftung im Schadensfall eine Haftpflichtversicherung für fahrlässige Delikte des Arbeitnehmers zur Seite gestellt werden. Sofern diese nicht einspringt sollte der Arbeitgeber im Bereich der Fahrlässigkeit uneingeschränkt haften, während der Arbeitnehmer von der Haftung freizustellen ist. Der Arbeitnehmer haftet dagegen unbegrenzt für vorsätzliche Schädigungen Dritter,⁸⁸⁰ bei Eintreten einer Versicherung über deren Regressanspruch, im anderen Falle direkt.

Diese Zweiteilung der Haftung ist aufgrund Ihrer Verständlichkeit und der Übersichtlichkeit einer Dreiteilung oder individuellen Haftungsaufspaltung vorzuziehen.⁸⁸¹ Die Nachteile einer solchen Haftungszuweisung, allem voran mangelnde Äquivalenz zwischen Schadensverursachung und Schadenstragung im Bereich der mittleren und groben Fahrlässigkeit, welche bei der hier favorisierten Lösung allein den Arbeitgeber trifft, werden durch eine Übertragung der Lasten und Leistungen an die Haftpflichtversicherung ausgeglichen. Darüber hinaus liegen die Vorteile einer Haftpflichtversicherung⁸⁸² insbesondere in der Übertragung des Risikos auf ein Kollektiv. Überdies erfolgt eine vollständige Absicherung des Geschädigten im Rahmen der

⁸⁷⁸ Joerges/Brüggemeier, Europäisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft, 330 ff, 349; im Rahmen einer Analyse des Richtlinienrechts der Gemeinschaft zum selben Ergebnis kommend: v. Bar, Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union, ZfRV 1994, 228. Gleiches gilt für das Prinzip der Gefährdungshaftung, das wachsende Bedeutung erlangt: so in der Diskussion zu der Neugestaltung des niederländischen Zivilgesetzbuches: Hondius/Braams, Auf dem Wege zu einem europäischen Haftungsrecht, 10.

⁸⁷⁹ siehe 4.1 und 4.2.

⁸⁸⁰ ausführlich hierzu: Zusammenfassung unter 4.3.3.3 und 4.3.3.2.3.4.

⁸⁸¹ 4.3.2.4.

⁸⁸² 4.3.3.2.3.1.

Außenhaftung bei gleichzeitiger Beibehaltung des Grundprinzips der Haftungsteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Eine solchermaßen ausgestaltete Außenhaftungsregelung zu entwickeln ist auf lange Sicht auch empfehlenswert, denn die zur Zeit bestehenden rechtlichen Unterschiede in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union führen mit zunehmendem Zusammenwachsen des Marktes zu Beschränkungen der Wirtschaft. Die dadurch bedingten Einschränkungen auf dem Markt sind zwar nicht derart gravierend, dass sofortiges Eingreifen Not tut. Insbesondere ist die derzeitige Rechtslage nicht europarechtswidrig. Auf lange Sicht bietet sich aufgrund der umfassenden Auswirkungen der Außenhaftungsregelungen und der Möglichkeit soziale Kosten zu senken⁸⁸³ jedoch eine Angleichung und Berichtigung des entsprechenden Sachrechts zugunsten der vorgeschlagene Versicherungsregelung⁸⁸⁴ an.

Diese sollte dann nicht überstürzt erfolgen, sondern in einen Kanon von Grundprinzipien des Deliktsrechts, im Rahmen eines einheitlichen europäischen Zivilgesetzbuches, eingebettet werden⁸⁸⁵, um ein einheitliches Rechtskonzept zu gewährleisten. Eine hiervon losgelöste Außenhaftungsregelung, durch Verordnung oder Richtlinie in die nationalen Rechtssysteme eingebracht, würde aufgrund der damit verbundenen zunehmenden Rechtsvielfalt mehr Nachteile als Vorteile kreieren. Dennoch ist jede Art der Zivilrechtsvereinheitlichung immer ein Kompromiss. Als sprichwörtlich „geringstes Übel“ stellt sich zum jetzigen Zeitpunkt die Rechtsetzung über ein Modellgesetz dar, dem aufgrund seiner Flexibilität und der geringen Eingriffsintensität, beispielsweise gegenüber dem Staatsvertrag, der Vorzug zu geben ist.⁸⁸⁶ Dieses Modellgesetz sollte durch ein Sachverständigengremium entworfen werden, welchem Vertreter der einzelnen europäischen Mitgliedsstaaten angehören sollten. Andere Rechtssetzungsmöglichkeiten der Union stehen zum jetzigen Zeitpunkt nicht zur Verfügung. Weder sind geeignete Ermächtigungsnormen noch Regelungsinstrumente erkennbar, die eine umfassende Umsetzung gewährleisten würden.⁸⁸⁷

Die vorgeschlagene Außenhaftungsregelung bietet verschiedene Vorteile. Nicht nur wird das Arbeitsverhältnis selbst durch klare und deutliche Regelungen entlastet. Die Risikotragung wird der Versicherung zugewiesen. Dies limitiert die Gesamtausgaben für Haftungsfälle auf vorhersehbare Versicherungsbeiträge, so dass für Arbeitnehmer⁸⁸⁸ und Unternehmen das Insolvenzrisiko beseitigt wird. Ferner empfiehlt auch die wirtschaftliche

⁸⁸³ 5.1.3.

⁸⁸⁴ 4.3.3.2.3.

⁸⁸⁵ 5.1.1.

⁸⁸⁶ 5.2.2.1. und 5.2.4.2.

⁸⁸⁷ so auch: *Pechstein*, Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnisse der EG, in: *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, 32.

⁸⁸⁸ mit Ausnahme der Schadenersatzpflicht bei vorsätzlicher Schädigung.

Analyse des Regelungsentwurfes⁸⁸⁹ eine entsprechende Umsetzung aufgrund der zu erwartenden Reduktion der sozialen Kosten. Durch ein Haftpflichtversicherungssystem wird die Anzahl der Unfälle auf das kleinstmögliche Maß reduziert.⁸⁹⁰ Denn die Haftungsregelung entfaltet eine Präventionswirkung durch die Aufstellung und Kontrolle von Sorgfaltspflichten durch die Versicherung. Die Regelung selbst gewährt Rechtssicherheit und geringere Notwendigkeit gerichtlicher Haftungszuweisung.

Im europäischen Raum ist die so erreichte Abkehr von der reinen Verschuldenshaftung zunehmend zu beobachten.⁸⁹¹ Häufiger werden auch Vorschläge unterbreitet die deliktische Haftung durch umfassende Versicherung des Risikos zu ersetzen, so dass bereits eine Tendenz zur Bildung eines autonomen Systems der Haftung auch in anderen Bereichen erkannt werden kann.⁸⁹² Die hier vertretene Lösung fügt sich in eine solche Vorstellung der Neuordnung von Haftungssachverhalten.

Im europäischen Raum werden wirtschaftliche Reibungsverluste durch ein solchermaßen ausgestaltetes Regelungsmodell beseitigt. Die Umsetzung mit Hilfe eines Modellgesetzes sollte dabei trotz der generellen Statik eines Einheitsrechts Flexibilität und Rücksichtnahme auf regionale Unterschiede sicherstellen. Allerdings wird auf lange Sicht gerade diese Flexibilität bedroht sein, sofern das Modellgesetz in vielen Staaten Anwendung findet und in einen bindenden Staatsvertrag umgewandelt werden würde. Hier sind im europäischen Raum neue Entscheidungsfindungsprozesse zu entwickeln und durchzusetzen. Nachteilig ist auch der Eingriff in die Unternehmenssouveränität zu bewerten. Sowohl die Versicherungspflicht als auch der damit verbundene erhöhte Verwaltungsaufwand beeinträchtigen die unternehmerische Entscheidungsfreiheit. Negativ zu vermerken ist darüber hinaus die generelle Kostensteigerung die durch die Entstehung zusätzlicher Fixkosten herbeigeführt wird.

Sowohl für den Inhalt als auch für die Umsetzung einer europäischen Außenhaftungsregelung lässt sich kein Vorschlag finden, welcher über jede Kritik erhaben wäre. Der hier favorisierte Mittelweg bemüht sich mit der Prämisse größtmöglicher Effizienz, Praktikabilität und sozialer Gerechtigkeit die Lösung zu finden, die am wenigsten in die Rechte Einzelner und Staatssouveränitäten eingreift. Das vorliegend entwickelte Konzept wird sich jedoch in ein gesamteuropäisches Rechtssystem einfügen müssen. Vor diesem Hintergrund ist nicht allein die Frage offen, welcher einheitliche europäische Verschuldensbegriff der Außenhaftungsregelung zugrunde gelegt werden soll. Das Gesamtkonzept einer europäischen Zivilrechtsordnung wird ferner auch über die gemeinsamen Voraussetzungen für die Außenhaftung entscheiden, so beispielsweise über

⁸⁸⁹ 5.1.3.

⁸⁹⁰ Dazu auch: *Faure*, Economic Analysis, in: Koch/Koziol (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, 393 [119].

⁸⁹¹ *Blaurock*, *Europäisches Privatrecht*, JZ 1994, 272.

⁸⁹² *Lew Aszkiewicz-Petrykowaska*, New Tendencies in civil liability by professionals, in: *Colloqui on European Law, Criminal and civil liability of professionals*, 192 f.; auch für einzelne Länder wurde eine Ausweitung der kollektiven Schadenstragung festgestellt, so für Deutschland: *Lange*, *Schadenersatz*, 5 f.

den europäischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbegriff. Allgemeine Haftungsvoraussetzungen lassen sich in den Elementen deliktisches Verhalten, Schaden, Kausalität, (Mit-)verschulden, Rechtswidrigkeit und Entlastungsgründe in ganz Europa finden.⁸⁹³ Ebenso wird ein einheitliches europäisches Recht die Ausgestaltung und Verhältnisse unterschiedlicher Haftungsgrundlagen zueinander festlegen. Es stellt sich die Frage wie die Außenhaftung praktisch von der Haftung des Arbeitgebers aus eigenem Auswahl- und/oder Überwachungsverschulden abzugrenzen sein wird und wie die Fälle zu regeln sein werden, die ein Mitverschulden des Arbeitgebers involvieren. Sollte dem Arbeitgeber die Exkulpation möglich sein?⁸⁹⁴ Von wem ist ein Schaden zu ersetzen, dem zwar nach außen ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers zugrunde liegt, dem Arbeitgeber gegenüber jedoch auch ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, da dieser den Fahrlässigkeitstatbestand beispielsweise durch überlange Arbeitszeiten oder ähnliches mitverursacht hat? Wie wird das allgemeine Schuldrecht die Fälle regeln in denen ein Mitverschulden des geschädigten Dritten vorliegt oder dieser im Falle eines Mitverschuldens gar schuldunfähig ist? Soll es möglich sein die Haftung im Vertragsverhältnis abzubedingen und welchen Voraussetzungen unterliegt die Anwendbarkeit von Haftungsbeschränkungen? Viele dieser Sonderfälle werden sich nicht allein durch gesetzliche Regelungen vorbestimmen lassen, vielmehr ist hier insbesondere die Rechtsprechung gefragt, die die zu Grunde liegenden Normen in der Praxis ausfüllt.

Zusammenfassend kann jedoch festgehalten werden, dass eine europäische Haftpflichtversicherungspflicht ein adäquates Regelungsmodell für die Außenhaftung des Arbeitnehmers darstellt. Im Rahmen eines europäischen Vorgehens wird demgemäß folgendes Verfahren vorgeschlagen:

- 1) Die Außenhaftung des Arbeitnehmers wird durch Modellgesetz im Rahmen eines europäischen Zivilgesetzbuches geregelt, welches nachträglich bei Bewährung in der Praxis in einen Staatsvertrag umgewandelt werden kann.
- 2) Das Modellgesetz legt Haftungsvoraussetzungen und Haftungsumfang fest.
- 3) Im Haftungsfall erfolgt grundsätzlich eine Haftungsteilung nach dem Verschuldensgrad, wobei Arbeitgeberhaftung bei Fahrlässigkeit und Arbeitnehmerhaftung bei Vorsatz des Arbeitnehmers eintritt. Arbeitgeber und Arbeitnehmer haften grundsätzlich als Gesamtschuldner, wobei gegenseitige Regress- und Freistellungsansprüche bestehen.
- 4) Der Arbeitgeber wird verpflichtet eine Haftpflichtversicherung abzuschließen. Er kommt für die Beiträge auf und legt sie auf die Produktkosten um. Die Versicherung tritt dem Dritten gegenüber für den Schaden ein und ist nur bei vorsätzlichem Verhalten des Arbeitnehmers berechtigt gegen diesen Regress zu nehmen. Es wird eine Mindestversicherungssumme festgelegt. Die Beitragsstruktur richtet sich nach dem

⁸⁹³ *Magnus*, Elemente eines europäischen Deliktsrechts, ZeuP 1998, 613; *Magnus*, European Perspectives of Tort Liability, European Review of Private Law, 1995, 438; allgemein auch: *Koch/Koziol* (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability.

⁸⁹⁴ Dagegen: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 632 ff; *Magnus*, Elemente eines europäischen Deliktsrechts, ZeuP 1998, 614.

individuellen Unternehmensrisiko, abhängig von der Anzahl und Tätigkeit der Beschäftigten sowie deren individuellen Schadensneigungen.

LITERATURVERZEICHNIS

Autor	Titel des Artikels, des Beitrages (bei Beitragswerken)	Herausgeber	Name der Zeitschrift, Beitragswerkes, Titel des Werkes (Beitragswerk), Titel des Buches	Band	Jahr nur für Zeitschriften	Heftnummer	Auflage	Erscheinungsjahr	Seitenangabe
Abmeier, Klaus	Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung und nationales Recht		Neue Juristische Wochenschrift		1986				2987
Achterberg, Norbert	Der Rechtgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit		Archiv für die civilistische Praxis	164	1964				1
Adomeit, Klaus/ Frühbeck, Guillermo			Einführung in das spanische Recht					1993	
Altemann, Kai			Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung					1995	
Annuß, Georg			Die Haftung des Arbeitnehmers					1998	
Arens, Wolfgang	Haftung des Arbeitnehmers		Betriebs-Berater		1988				1596
Atiyah, P.S.			Vicarious liability in the law of torts					1967	
Baker, Charles David			Tort				6. edition	1996	
Bangemann, Martin	Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union		Zeitschrift für europäisches Privatrecht		1994				377
Bäumler, Christian			Der Anwendungsbereich der Schadensteilung im Arbeitsverhältnis					1995	
v. Bar, Christian			Gemeineuropäisches Deliktsrecht	1				1996	
v. Bar, Christian			Gemeineuropäisches Deliktsrecht	2				1999	
v. Bar,			Das deutsche Deliktsrecht in gemeineuropäischer Perspektive					1999	
v. Bar, Christian	Neues Haftungsrecht durch Europäisches Gemeinschaftsrecht	Dieter Medicus	Festschrift für Hermann Lange					1992	
v. Bar, Christian	Vicarious Liability	Hartkamp, Arthur u.a.	Towards a European Civil Code				2. Auflage	1998	431

v. Bar, Christian	Vereinheitlichung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union		Zeitschrift für Rechtsvergleichung	35	1994				221
v. Baretta, Mario u.a.			Der Fischer Weltalmanach 2002					2001	
Basedow, Jürgen	Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex		Archiv für die zivilistische Praxis	200	2000				445
Baumann, Horst	Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten		Betriebs Berater		1990				1833
Baumann, Horst	Die deliktische Außenhaftung des Arbeitnehmers in der Privat- und Verfassungsrechtsordnung		Betriebs Berater		1994				1300
Becker-Schaffner, Reinhard	Ist der Arbeitgeber auf Grund seiner Fürsorgepflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet?		Versicherungsrecht		1970				893
Beckers, Markus			Die Außenhaftung des Arbeitnehmers					1995	
Behrens, Peter	Die Bedeutung des Kollisionsrechts für die „Globalisierung“ der Wirtschaft	Basedow, Jürgen u.a.	Aufbruch nach Europa 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht					2001	381
Behrens, Peter	Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	50	1986				19
Benda, Ernst	Die Sozialstaatsklausel in der Rechtsprechung des BAG und des Bundesverfassungsgerichts		Recht der Arbeit		1979				1
Berenstein, Alexandre	Switzerland	Blancpain	International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations	Vol. 12				1993	
Berg, Heyo	Diskussionsbericht zum Symposium „Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung“		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	50	1986				233
Berger, Jürgen			Einführung in das österreichische Arbeits- und Sozialrecht				5. Auflage	1993	
Bengtsson, Bertil; Sterzel, Fredrik; Cronhult, Pär (Hrsg.)			Swedish Law a survey					1994	

Beutler, Bengt; Bieber, Roland; Pipkorn, Jörn; Streil, Jochen			Die Europäische Union				4. Auflage	1993	
Blanpain, Roger; Engels, Chris			European Labour Law				2nd editio	1993	
Blanpain, Roger	Belgium	Blanpain, Roger	International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations	Vol. 2				1999	
Blaurock, Uwe	Europäisches Privatrecht		Juristen Zeitung		1994				270
Blaurock, Uwe	Wege zur Rechtseinheit in Europa	Starck, Christian	Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze Bedingungen, Ziele, Methoden					1992	90
Bleistein, Franzjosef			Die Haftung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis – Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung, Vorschläge zur Neuregelung-					1989	
Blomeyer, Wolfgang		Richard, Reinhard/ Wlotzke, Otfried	Münchener Handbuch Arbeitsrecht	Bd. 1 Individualarbeitsrecht			2. Auflage	2000	
Boettinger, Karl	Überwindung der Haftpflchtversicherung		Versicherungsrecht		1952				306
Bokelmann, Erika			Grobe Fahrlässigkeit, Ein Beitrag insbesondere zu Individualisierungstendenzen im Haftungs- und Regressrecht					1973	
Bokelmann, Erika	Die Haftung des Arbeitnehmers- Schadensausgleich oder (notwendige) Erziehungsmaßnahme?		Zeitschrift für Rechtspolitik		1972				283
Bocksch, Klaus Peter			Die neue Rechtsprechung des BAG zur schadensgeneigten Arbeit					1986	
Bringezu, Volker			Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung in der Bundesrepublik Deutschland, in England und Frankreich					1974	

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich	Die Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung gegenüber dem Arbeitgeber		Der Betrieb		1985				1469
Brüggemeier, Gert			Prinzipien des Haftungsrechts					1999	
Bruha, Thomas	Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft		Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht	46	1986				1
Bubeck, Thomas/ Schneider, Philipp			Arbeitsförderungsrecht					1990	
Buchner, Herbert	Berufshaftpflichtversicherung oder gesetzliche Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung? - Zu den Möglichkeiten einer versicherungsmäßigen Lösung und zum Entwurf des 2. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes-		Recht der Arbeit		1972				153
van Bühren, Hubert			Handbuch Versicherungsrecht				2. Auflage	2003	
Bullinger, Martin	Verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung		FS für Ernst v. Caemmerer					1978	
Busemann, Andreas			Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und Dritten					1999	
Busnelli, Francesco D.	Italien	v. Bar, Christian	Deliktsrecht in Europa					1994	
Busnelli, Francesco D./ Comandé, Giovanni	Italy	Koch, Bernhard A./ Kozio l, Helmut	Unification of Tort Law: Strict liability					2002	207
Bydlinski, Franz		Schmidt, Karsten	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Aktualisierungsband zum Transportrecht					2000	
Canaris, Claus-Wilhelm	Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremden Interesse		Recht der Arbeit		1966				41
Coing, Helmut	Europäisierung der Rechtswissenschaft		Neue Juristische Wochenschrift		1990				937 ff
Coing, Helmut	European Common Law: Historical Foundations	Capelletti, Mauro	New Perspectives for a common Law of Europe					1978	31
Craig, Paul; De Búrca, Gráinne			EC Law, Text, Cases and Materials					1995	

Däubler, Wolfgang	Die Haftung des – Grundlagen und Grenzen		Neue Juristische Wochenschrift		1986				867
Denck, Johannes			Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung					1980	
Denck, Johannes	Außenhaftung des Arbeitnehmers und Kaskoversicherungsschutz		Betriebsberater		1986				1568
Denninger, Erhard			Verfassungsrechtlich e Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht					1990	
Deutsch, Erwin			Allgemeines Haftungsrecht				2. Auflage	1996	
Deutsch, Erwin	Verschulden als Merkmal der Arbeitnehmer-Haftung		Recht der Arbeit		1996				1
Deutsch, Erwin	Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht – Versuch einer kritischen, dogmatischen Bestandsaufnahme		Karlsruher Forum		1992				4
Deutsch, Erwin / Ahrens, Hans- Jürgen			Deliktsrecht: Unerlaubte – Handlungen – Schadensersatz – Schmerzensgeld				4. Auflage	2002	
Diem, Martin			Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei schadensgeneigter Arbeit					1969	
Dinely, Rachel;	Rachel Dineley explains the importance for empl....,		Solicitors journal			04/04/ 97			
Dittrich, Robert; Tades, Helmuth			Angestelltengesetz, Kurzkommentar				20.Auflage	1992	
Donndorf, Hans- Michael			Die Haftung des fahrlässigen Arbeitnehmers im englischen Recht und die Bedeutung von Versicherungen für diese Haftung –Ein Rechtsvergleich-					1967	
Döring, Helmut			Arbeitnehmerhaftung und Verschulden					1977	
Drath, Martin	Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts		Recht und Staat	272/2 73	1963				

Drewitz, Hans-Dieter			Der Grundsatz: Die Versicherung folgt der Haftung					1977	
Drobnig, Ulrich	Europäisches Zivilgesetzbuch - Gründe und Grundgedanken	Martiny, Dieter / Witzleb, Norman	Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch					1999	109
Drobnig, Ulrich	Vereinheitlichung von Zivilrecht durch soft law: Neue Erfahrungen und Einsichten, S.	Basedow, Jürgen u.a.	Aufbruch nach Europa 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht					2001	745
Dübeck, Inger			Einführung in das dänische Recht					1996	
Eich, Rolf-Achim	Der Wandel der BAG-Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit		Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht		1984				65
Eiden, Hanns-Christian	Die Angleichung von Rechtsvorschriften	Bleckmann, Albert	Europarecht				6. Auflage	1997	
Eörsi, Gyula		Tunc, André	International Encyclopedia of Comparative Law	XI/1				1983	1
Esser, Josef/Schmidt, Eike			Schuldrecht	Bd. I Allgemeiner Teil			8. Auflage	1995	
Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo			Schuldrecht	Bd. II Besonderer Teil 2. Teilband				2000	
Estelmann, Martin		Hennig, Werner	SGB III, Sozialgesetzbuch Drittes Buch-Arbeitsförderungsrecht				23. Ergänzungslieferung	2001	
Everling, Ulrich	Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	50	1986				193
Everling, Ulrich	Zur Funktion des Gerichtshofes bei der Rechtsangleichung in der EG		Festschrift für Rudolf Lukes					1989	359
Everling, Ulrich	Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft		Festschrift für Reimer Schmidt					1976	165

Fahlbeck, Reinhold			Labour Law in Sweden, A Brief Outline					1980	
Fasching, Hans W.			Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts				2. Auflage	1989	
Faure, Michael	Economic Analysis	Koch, Bernhard A./Kozioł, Helmut	Unification of Tort Law: Strict Liability					2002	361
Fechner, Erich	Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht		Recht der Arbeit		1955				161
Ferid, Murad/ Sonnenberger, Hans Jürgen			Das französische Zivilrecht	2 Einzelne Schuldverhältnisse, Sachenrecht			2. Auflage	1986	
Flessner, Axel	Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	56	1992				243
Flessner, Axel			Deutsche Juristenausbildung Die kleine Reform und die europäische Perspektive					1995	
Franzen, Martin			Privatrechtsangleichung durch die Europäische Union					1999	
Franzen, Martin	Auslegung und Fortbildung von privatrechtsangleichenden Richtlinien		Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler		1997				285
Friedmann, W.G.	Social Insurance and the principles of Tort liability		Essays on the law of Torts					1964	
Frietsch, Edwin	Der europäische Vorschlag einer Haftung für Dienstleistungen		Der Betrieb		1992				935
Funck, Götz			Praxis des griechischen Arbeitsrechts					1995	
von der Gablentz, Konrad			Die Grundlagen der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei gefährbhafter Arbeit					1963	
Gaidzik, Peter	Der EG-Richtlinienentwurf über die Haftung bei Dienstleistungen		Juristische Rundschau		1992				323

Galand-Carval, Suzanne	France	Koch, Bernhard A./Kozio, Hemutl	Unification of Tort Law: Strict liability					2002	127
Gamillscheg, Franz	Anmerkung zum BGH, Urteil v. 19.9.1989-6 ZR 349/88		Arbeit und Recht		1990				164
Gamillscheg, Franz	Empfiehl es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln?		Verhandlungen zum 45. Deutschen Juristentages	2. Band				1965	
Gamillscheg, Franz; Hanau, Peter			Die Haftung des Arbeitnehmers				2. Auflage	1974	
Gardiner, Gerald	Reports of Committees		Modern Law Review	22	1959				652
Gaul, Dieter	Die Haftung des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers in Fällen Schädengeneigter Arbeit		Der Betrieb		1962				202
Gaul, Dieter	Ein Lösungsweg der Haftung des Arbeitnehmers bei schädengeneigter Arbeit nach geltendem Recht		Arbeit und Recht		1965				225
Georgiades, Apostolos	Zu einem gemeineuropäischen Privatrecht – Illusion oder Realität?	Tomuschat, Christian/Kötz, Heinv. Maydell, Bernd	Europäische Integration und nationale Rechtskulturen					1995	45
van Gerven, Walter	Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?		Europäische Zeitschrift für Privatrecht		1997				465
Van Gerven, Walter	The ECJ Case-law as a Means of Unification of Private Law?	Hartkamp, Arthur u.a.	Towards a European Civil Code				2. Auflage	1998	91
Van Gerven, Walter / Lever, Jeremy/Larouche, Pierre			Tort Law					2000	
Gick, Dietmar	Die Grundsätze der Haftung bei gefahrgeneigter Arbeit		Juristische Schulung		1980				393
v. Gierke, Otto	Schuldrecht		Deutsches Privatrecht	Band 3				1917	
Gitter, Wolfgang			Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht					1969	

Goll, Ulrich			Angewandtes Arbeitsrecht					1994	
Gotthardt, Peter	Frankreich	v. Bar, Christ ian	Deliktsrecht in Europa					1994	
de Groot, René	European Private Law between Utopia and Early Reality		Maastricht Journal of European and Comparative Law		1997				1
Gündisch, Jürgen	Qualität europäischer Rechtsetzung	Based ow, Jürgen	Aufbruch nach Europa					2001	109
Gumpert, Jobst	Wann muß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von Schadenersatzpflichten gegenüber Dritten freistellen?		Betriebsberater		1955				480
Gray, Whitmore	E pluribus unum? A bicentennial Report on Unification of Law in the United States		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	50	1986				111
Großfeld, Bernhard/ Bilda, Karen	Europäische Rechtsangleichung		Zeitschrift für Rechtsvergleichung		1992				421
Günther, Uwe/ Hase, Friedhelm	Sicherungseigentum an Betriebsmitteln und gefahrgeheigte Arbeit		Arbeit und Recht		1974				364
Haas, N.P.M.			Arbeitsrecht in den Niederlanden					1996	
Hager, Johannes			Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.	Zweit es Buch. Recht der Schul dverh ältniss e. §§ 823- 825,			13. Bearbeit ung	1999	
Hallstein, Walter	Angleichung des Privat- und Prozessrechts in der EWG		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	28	1964				211
Hanau, Peter	Rückwirkungen der Haftpflchtversicherung auf die Haftung		Versicherungsrecht		1969				291
Hanau, Peter	Arbeitnehmerhaftung und Entscheidungsfreiheit des Richters		Festschrift für Heinz Hübner		1984				475
Hanau, Peter /Rolf, Christian	Abschied von der gefahrgeheigten Arbeit		Neue Juristische Wochenschrift		1994				1439

Hansen, Franz-Josef			Die Haftungsbeschränkung zugunsten der Arbeitnehmer im deutschen, niederländischen und belgischen Arbeitsrecht					1977	
Hartkamp, Arthur		Chorus u.a.	Introduction to Dutch Law				3. Auflage	1999	
Hauschka, Christoph	Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft		Juristen Zeitung		1990				521
Hayder, Roberto	Neue Wege der europäischen Rechtsangleichung?		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	53	1989				622
Hayder, Roberto	Privatrechtsvereinheitlichung durch die Europäische Gemeinschaft – Kommentar zum Vortrag von Hans Claudius Taschner	Müller-Graff, Peter-Christian	Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft				2. Auflage	1999	237
Heinrichs, Helmut		Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch				61. Aufl.	2002	
Heiss, Helmut	Vom EU- zum gesamteuropäischen Privatrecht? – Privatrechtsharmonisierung in der sich erweiternden Union	Basedow, Jürgen	Aufbruch nach Europa					2001	123
Herber, Rolf	Gesetzgebungsprobleme bei der internationalen Zivilrechtsvereinheitlichung		Zeitschrift für Gesetzgebung	2	1987				17
Herdegen, Matthias			Europarecht				2. Auflage	1999	
Herschel, Wilhelm	Das Unternehmerwagnis in Arbeits- und Wirtschaftsrecht		Jehring's Jahrbücher	90	1943				145
Heuston, R.F.V., Buckley, R.A.			Salmond and Heuston on the Law of Torts				21st edition	1996	
von Hoffmann, Bernd	Art 40 EGBGB		J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch				Neubearbeitung	2001	193
Hommelhoff, Peter	Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung		Archiv für die civilistische Praxis	192	1992				71
Hondius, Ewoud	Towards a european civil code	Hartkamp, Arthur u.a.	Towards a european civil code				2nd edition	1998	

Hondius, Ewoud/ Braams, Wilhelm			Auf dem Wege zu einem europäischen Haftungsrecht – Beitrag der Niederlande					1989	
Hondius, Ewoud/ van Dam, Cees	Niederlande	v. Bar, Christ ian	Deliktsrecht in Europa					1994	
Horbach, Matthias			Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber					1996	
Hübner, Jürgen			Schadenszurechnung nach Risikosphären					1972	
Huntemann, Eva Maria; Graf Brockdorff, Christian			Der Gläubiger im Insolvenzverfahren					1999	
Immenhauser, Martin	Der Schweizer Entwurf eines Allgemeinen Schadenersatzrechts – Vorbild für eine gesamteuropäische Kodifikation?		Jahrbuch junger Zivilrechtswissensch aftler		1997				37
Iversen, Bent; Nørgaard, Jørgen; Wegener, Morten; Ørgaard, Nils			Danish Business Law					1998	
Jacobson, Per/ Hasselbalch, Ole	Denmark	Blan ain, Roger	International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations	Vol. 4				1998	
Jehring, Rudolph			Das Schuldmoment im römischen Privatrecht					1867	
Joerges, Christian /Brüggeheimer, Gert	Europäisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts	Mülle r- Graff, Peter- Christ ian	Gemeinsames Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft				2. Auflage	1999	301
Jones, Michael A.			Textbook on Torts				4th edition	1993	
Kamphausen, Heinz			Das Arbeitsverhältnis im französischen Recht					1969	
Kaye, Peter			An explanatory guide to the English Law of Torts					1996	
Kegel, Gerhard	Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung		Angeleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa					1971	9
Kerameus, Konstantin	Problems of drafting a European Civil Code		Europäische Zeitschrift für Privatrecht		1997				475

Kerameus, Konstantin	Procedural Implications of Civil Law Unification	Hartkamp, Arthur u.a.	Towards a European Civil Code				2. Auflage	1998	121 ff.
Kerameus, Konstantin	Greece	Koch, Bernhard A./Kozio, Helmut (Hrsg.)	Unification of Tort Law: Strict liability					2002	177
Kieninger, Eva-Maria	100 Jahre BGB- Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?		Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler		1996				245
Klameth, Peter			Der Schadensausgleich bei Arbeitsunfällen, unter besonderer Berücksichtigung der Sachschäden der Arbeitnehmer nach deutschem, englischem und französischem Recht					1968	
Klar, Lewis N.			Tort Law				2nd. edition	1996	
Klingmüller, Ernst	Empfiehl es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln?		Verhandlungen zum 45. Deutschen Juristentages	2. Band				1965	G 61
Klauer, Irene			Die Europäisierung des Privatrechts Der EuGH als Zivilrichter					1998	
Koch, Bernhard A./Kozio, Helmut	Comparative Conclusions	Koch, Bernhard A./Kozio, Helmut	Unification of Tort Law: Strict Liability					2002	395
Köbler, Gerhard	Betriebsgefahr und Freistellungsanspruch		Recht der Arbeit		1970				97
Köndgen, Johannes			Haftpflchtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung					1976	
Kötz, Hein	Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	50	1986				1
Kötz, Hein	Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	56	1992				215

Kötz, Hein	Gemeineuropäisches Deliktsrecht		Festschrift für Konrad Zweigert					1981	481
Kötz, Hein/ Wagner, Gerhard			Deliktsrecht				9. Auflage	2001	
Kohlmeyer, Katharina			Die Haftung des Arbeitnehmers im Vergleich zwischen dem deutschen und österreichischen Recht					1996	
Kohte, Hans Wolfhard			Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko					1981	
Kothe, Hans Wolfhard	Umbruch in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung		Jura		1985				304
Kohte, Hans Wolfhard	Die Bedeutung der Unfallversicherung für das Recht der Arbeitnehmerhaftung		Arbeit und Recht		1983				229
Kohte, Hans Wolfhard	Umbruch in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung		Jura		1985				304
Koller, Ingo			Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen					1979	
Koller, Ingo			Transportrecht, Kommentar				4. Auflage	2000	
Koniaris, T.B.	Greece	Blain, Roger	International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations	Vol. 6				1990	
Koopmans, T.	Towards a European Civil Code?		Europäische Zeitschrift für Privatrecht		1997				541
Kozioł, Helmut		Kozioł, Helmut	Unification of tort law: wrongfulness					1998	
Kozioł, Helmut	Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadenersatzrecht		Zeitschrift für europäisches Privatrecht		1996				587
Kramer, Ernst A.	Europäische Privatrechtsvereinheitlichung		JBl.		1988				477
Krause, Rüdiger	Die Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers		Versicherungsrecht		1995				752
Krause, Rüdiger	Europarechtliche Vorgaben für das Konkursausfallgeld		Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis		1998				56

Kröner, Otto	Zum Gesetz über Konkursausfallgeld Drittes Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes		Bundesarbeitsblatt		1974				445
Lando, Ole	Making a European Private law	Kreuzer, Karl F./ Scheurig, Dieter H./ Siebe, Ulrich	Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union,					1997	41
Lange, Hermann			Schadenersatz				2. Auflage	1990	
Langeheine, Bernd		Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard	Kommentar zur Europäischen Union Maastricht-Fassung	Bd 1, EUV, Art. 1- 189e EGV			11. Ergänzung, Lieferung	1997	
Lecheler, Helmut			Das Subsidiaritätsprinzip – Strukturprinzip einer europäischen Union					1993	
Legrand, Pierre	Against a European Civil Code		Modern Law Review	60	1997				44
Lehmann, Michael			Vertragsanbahnung durch Werbung					1981	
Leible, Stefan	Die Rolle der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bei der europäischen Privatrechtsentwicklung	Martiny, Dieter / Witzleben, Normann	Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch					1999	53
Leigh, Leonard Herschel			Strict and vicarious liability					1982	
Lew Aszkiewicz- Petrykowaska, Biruta	New Tendencies in civil liability by professionals: Enlargement of objective liability, liability for risk and reversal of the burden of proof	Colloqui on European Law	Criminal and civil liability of professionals – present situation and future prospects regarding the concepts of negligence and risk					1995	177
Lichtenberg, Hagen			Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers					1976	
Lindner, Marc			The employment relationship in anglo- american law						136- 41
Löwisch, Manfred; Arnold, Manfred	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 05.12.1983		Juristen Zeitung		1984				619

Lorenz, Egon			Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld"					1981	
Lorenz-Meyer, Ulrich			Haftungsstruktur und Minderung der Schadenersatzpflicht durch richterliches Ermessen					1971	
Lubitz, Sandra			Die Angleichung des Privatrechts in den Mitgliedsstaaten durch die europäische Richtlinie und Verordnung					2000	
Luer, Hans-Jochem			Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen					1969	
Magnus, Ulrich	Elemente eines europäischen Deliktsrechts		Zeitschrift für europäisches Privatrecht		1998				606
Magnus, Ulrich	Die Gestalt eines Europäischen Handlungsgesetzbuches		Festschrift für Ulrich Drobnig		1998				57
Magnus, Ulrich	European Perspectives of Tort Liability		European Review of Private Law		1995				427
Majoros, Ferenc	Konflikte zwischen Staatsverträgen auf dem Gebiete des Privatrechts		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	46	1982				84
Mansel, Heinz-Peter	Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit		Juristen Zeitung		1991				532
Markesinis, Basil; Deakin, Simon			Tort law				4.ed	1999	
Martin-Casals, Miquel/ Jordi Ribot/ Solé, Josep	Spain	Koch, Bernhard A./Kozioł, Helmut	Unification of Tort Law: Strict Liability					2002	290
Martiny, Dieter	Europäisches Privatrecht – greifbar oder unerreichbar?	Martiny, Dieter / Witzleben, Norman	Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch					1999	1
Matthies, Heinrich	Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG		Festschrift für Ernst Steindorff					1990	1287

Mayer-Maly, Theo; Marhold, Franz			Österreichisches Arbeitsrecht- Individualarbeitsrech t					1987	
Mayer-Maly, Theo	Die Wiederkehr der culpa levissima – Diagnosen und Reflexionen zur Lehre von den Fahrlässigkeitsstufen		Archiv für die civilistische Praxis	163	1963				114
Meier, Kurt			Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers					1978	
Mertens, Hans- Joachim	Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	56	1992				219
Mertens, Hans- Joachim	Schuldrecht Besonderer Teil III	Rebm ann, Kurt	Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 5			3. Auflage	1997	vor §§ 823- 853
Monteiro, Jorge Sinde; Ramos, Rui Moura; Hörster, Heinrich Ewald	Portugal	v. Bar, Christ ian	Deliktsrecht in Europa					1994	
Moock, Dieter von			Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Frage der Haftungsbeschränku ng bei Arbeitsunfällen					1966	
Müller, Markus			Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerr ung					2000	
Müller Glöge, Rudi	§ 611 BGB	Rebm ann, Kurt	Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch				3. Auflage	1997	
Müller-Graff, Peter- Christian	EC Directives as a Means of Private Law Unification	Hartk amp, Arthur u.a.	Towards a European Civil Code				2. Auflage	1998	71
Müller-Graff, Peter- Christian	Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht		Neue Juristische Wochenschrift		1993				13
Mullis, Alastair; Oliphant, Ken			Torts				2nd. edition	1997	
Nassauer, Friedemann			„Sphärentheorien“ zu Regelungen der Gefahrtragungshaftu ng in vertraglichen Schuldverhältnissen					1978	
Neuhaus, Paul Heinrich/ Kropholler, Jan	Rechtsvereinheitlichung - Rechtsverbesserung?		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	49	1981				73

Nørgaard, Jørgen/ Vagner, Hans Henrik	Dänemark	v. Bar, Christ ian	Deliktsrecht in Europa					1994	
Oberkofler, Anja	Europäisches Deliktsrecht – Gedanken der Realisierbarkeit		Österreichische Juristenzeitung	53	1998				502
Obermüller, Manfred; Hess, Harald			InsO, eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts				3. Auflage	1999	
Oetker, Hartmut/ Preis, Ulrich			Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, EAS					1998	
Olea, Manuel Alonso; Rodríguez-Sañudo, Fermin	Spain	Blan ain, Roger	International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations	Vol.1 2				1988	
Oppermann, Thomas			Europarecht	2. Aufla ge				1999	
Otten, Gabriela	Rechtsstellung des Arbeitnehmers bei Beschädigung von Dritteigentum		Der Betrieb		1997				1618
Otto, Hansjörg	Die Neuordnung der Arbeitnehmerhaftung		Schriftenreihe des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. Sitz Bochum, Sonderdruck aus Brennpunkte des Arbeitsrechts					1995	
Otto, Hansjörg; Schwarze, Roland			Die Haftung des Arbeitnehmers				3. Auflage des von Franz Gamills cheg und Peter Hanau begründ eten Werkes	1998	
Otto, Hansjörg; Seewald, Otfried	Ist es erforderlich die Verteilung des Schadensrisikos bei selbständiger Arbeit neu zu ordnen?		Verhandlungen zum 56. Deutschen Juristentages	Band I				1986	Gutac hten Teil E/F
Otto, Hansjörg	Treue- Fürsorgepflicht und Arbeitsrecht im		Recht der Arbeit		1978				260

Pechstein, Matthias	Europäisches Zivilgesetzbuch und Rechtssetzungsbefugnisse der EG	Martiny, Dieter / Witzleben, Norman	Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch					1999	19
du Perron, Edgar/ van Boom, Willem H	Netherlands	Koch, Bernhard A./Kozioł, Helmut	Unification of Tort Law: Strict Liability					2002	227
Pfahl, Rolf-Dietrich			Haftung ohne eigenes Verschulden als sittliche Pflicht					1974	
Pfeiffer, Manfred	Arbeitnehmerhaftung bei Eigentumsvorbehalt und Leasing		Betriebs-Berater		1968				132
Picker, Eduard	Vertragliche und deliktische Schadenshaftung		Juristen Zeitung		1987				1041
Pinther, Helmut	Ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis		Arbeit und Recht		1961				225
Prölss, Erich/ Martin, Anton			Versicherungsvertragsgesetz				26. Auflage	1998	
Putzo, Hans		Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch				61. Auflage	2002	
De Quadros, Fausto	Das Subsidiaritätsprinzip im EG-Recht nach Maastricht	Tomuschat, Christian/Kötz, Heinv. Maydell, Bernd	Europäische Integration und nationale Rechtskulturen					1995	335
Räcke, Günter			Haftungsbeschränkung zugunsten und zu Lasten Dritter					1995	
Raulf, Markus			Die Haftung des Arbeitgebers für Schäden des Arbeitnehmers bei betrieblich veranlassten Fahrten mit dem Privat-PKW					1999	
Rehbinder, Manfred			Rechtssoziologie				4. Auflage	2000	
Rehbinder, Manfred (Hrsg.)			Haftung des Arbeitnehmers					1981	
Remien, Oliver	Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	56	1992				314

Remien, Oliver	Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union		Zeitschrift für Rechtsvergleichung	36	1995				116
Remien, Oliver	Europäisches Einheitsrecht mit nationaler Abänderungsbefugnis?	Martiny, Dieter / Witzleb, Norman	Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch					1999	125
Remien, Oliver	Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts		Jahrbuch junge Zivilrechtswissenschaftler		1991				11
Repgen, Tilman	Europäisierung des Privatrechts durch Wiederbelebung des ius commune?		Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler		1997				9
Rheinhardt, Uwe			Die dogmatische Begründung der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers					1977	
Rheinstein, Max			Einführung in die Rechtsvergleichung				2. Auflage	1987	
Richardi, Reinhard	Ist es erforderlich, die Verteilung des Schadensrisikos bei unselbständiger Arbeit neu zu ordnen?		Juristen Zeitung		1986				796
Richardi, Reinhard; Wlotzke, Otfried	Individualarbeitsrecht		Münchener Handbuch Arbeitsrecht	Band 1			2. Auflage	2000	
Riese, Otto	Einheitliche Gerichtsbarkeit für einheitliches Recht		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht		1961				604
Ring, Gerhard; Olsen-Ring, Line			Einführung in das skandinavische Recht					1999	
Rittner, Fritz	Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration		Juristen Zeitung		1995				849
Rogers, W.V.H.			Winfield and Jolowicz on Tort				14th edition	1994	
Rose, F.D.	Liability for an Employees Assaults		Modern Law Review	40	1977				420
Rother, Werner			Haftungsbeschränkung im Schadensrecht					1965	
Ruppert, Werner			Die Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit unter besonderer Berücksichtigung der Betriebspraxis					1961	

Santdiumenge, Josep	Spanien	v. Bar, Christian	Deliktsrecht in Europa					1994	
Schäfer, Hans-Bernd/ Ott, Claus			Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts				2. Auflage	1995	
Schaub, Günter			Arbeitsrecht				9. Auflage	2000	
Scheik, Dagmar			Europäisches Arbeitsrecht					1997	
Scheuerle, Wilhelm	Der arbeitsrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff und das Problem des innerbetrieblichen Schadensausgleiches		Recht der Arbeit		1958				247
Schilcher, Bernd; Kleewein, Wolfgang	Österreich	v. Bar, Christian	Deliktsrecht in Europa					1994	
Schilcher, Bernd			Theorie der sozialen Schadensverteilung					1977	
Schima, Bernhard			Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht					1994	
Schintgen, Romain	Luxembourg,	Blanpain, Roger	International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations	Vol. 8				1991	
Schmidt, Karsten			Die Zukunft der Kodifikationsidee					1985	
Schmidt-Salzer, Joachim,	Deliktsrecht in Europa: Bestandsaufnahme mittels Landesberichten und Folgerungen für Rechtsangleichungsprojekte		Zeitschrift für europäisches Privatrecht		1996				243
Schmitz, Frank Walter			Die deliktische Haftung für Arbeitnehmer. Ein Beitrag zur deliktischen Verhaltenszurechnung					1993	
Schnorr, G.	European Communities	Blanpain, Roger	Comparative Labour Law and Industrial Relations				2nd edition	1985	
Schnorr von Carolsfeld, Ludwig			Arbeitsrecht	2. Auflage				1954	
Schnorr von Carolsfeld, Ludwig	Das Arbeitsverhältnis als Rechtskomplex, zugleich ein Beitrag zum Komplexdenken im Recht		Recht der Arbeit		1969				238
Schnorr von Carolsfeld, Ludwig	Probleme des internationalen Arbeitsrechts		Recht der Arbeit		1958				201

Schulte-Nölke, Hans/ Schulze, Reiner			Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte					1999	
Schulz, Fritz	Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht		Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart	38	1911				9
Schwab, Günter			Arbeitsrechtshandbuc h				9. Auflage	2000	
Schwartz, Ivo	30 Jahre EG- Rechtsangleichung		Eine Ordnungspolitik für Europa, Festschrift für Hans von der Groeben					1987	333
Schwartz, Ivo	Wege zur EG- Rechtsvereinheitlichung : Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft oder Übereinkommen unter den Mitgliedstaaten?		Festschrift für Ernst von Caemmerer					1978	1067
Schwartz, Ivo	Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft		Zeitschrift für Europäisches Privatrecht		1994				559
Schwartz, Ivo	Art. 235	von der Groeben, Hans; Thiersing, Joche n; Ehler mann, Claus- Dieter	Kommentar zum EU- / EGVertrag,	Teil 2			5. Auflage	1999	
Schwarz, Walter; Löschnigg, Günther			Arbeitsrecht				7. Auflage	1999	
Schweitzer, Michael/ Hummer, Waldemar			Europarecht				5. Auflage	1996	
Schwerdtner, Peter			Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen					1970	
Schwintowski, Hans-Peter	Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch		Juristenzeitung		2002				205
Sedemund, Jochim	„Cassis de Dijon“ und das neue Harmonisierungskonze pt der Kommission	Schwa rze, Jürgen	Der gemeinsame Markt Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive					1987	37
Selwyn, Norman Mordecai			Selwyn's law of employment				6.ed	1988	

Shaw, Josephine	England und Wales	v.Bar, Christ ian	Deliktsrecht in Europa					1994	
Siebert, Wolfgang	Einige Entwicklungslinien im neueren Individualarbeitsrecht		Recht der Arbeit		1958				366
Sieg, Karl	Versicherungsfragen zur Haftung von Arbeitnehmern und Organwaltern gegenüber den Geschäftspartnern ihres Unternehmens		Betriebs Berater		1996				71
Sieg, Karl	Haftungersatzung durch Versicherungsschutz?		Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht	103	1950				95
Sögütli, Dincer			Die Haftung des Arbeitnehmers bei der gefahrgeneigten Arbeit insbesondere Dritten gegenüber					1972	
Sommer, Hans-Eckard	Arbeitnehmerhaftung und Kaskoversicherung		Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht		1990				837
Sonnenberger, Hans Jürgen	Leistungsstörung, positive Forderungsverletzung und Beweislast- rechtsvergleichende Bemerkungen		Festschrift für Dieter Medicus					1999	621
Spier, Jaap/ Haazen, Olav	Th European Group on Tort Law ("Tilburg Group") and the European Principles of Tort Law		Zeitschrift für Europäisches Privatrecht		1999				469
Stark, Emil	Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts		Zeitschrift für Schweizerisches Recht	86	1967				1
Stein, Eric	Einheitlichkeit und Verschiedenheit des Rechts bei geteilter Macht- amerikanische Erfahrung		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	50	1986				166
Steindorff, Ernst	Bemerkungen zur Haftung des Arbeitnehmers für die von ihm verursachten Schäden		Arbeit und Recht		1966				65
Steindorff, Ernst	Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer		Juristen Zeitung		1959				1
Steindorff, Ernst	Anerkennung im EG- Recht		Festschrift für Werner Lorenz					1991	561
Strasser, Ulrich			Vorfinanzierung des Konkursausfallgeldes					1992	
Strassner, Rudolf	Austria	Blanp ain, Roger	International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations	Vol. 2				1992	

Strömholm, Stig	Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung Theoretische Möglichkeiten und praktische Grenzen in der Gegenwart		Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	56	1992				611
Suriranta, Antti Johannes	Finland	Blanpain, Roger	International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations	Vol. 5				1987	
Szysczczak, Erika	"Social Rights As General Principles of Community Law"	Neuwhahl, N. and Rosas, A.	The European Union and Human Rights					1995	
Taschner, Hans Claudius	Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft – Rechtsgrundlagen, Ziele, Sachgebiete, Verfahren	Müller-Graff, Peter-Christians	Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft				2. Auflage	1999	225
Taupitz, Jochen	Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?		Juristen Zeitung		1993				533
Taupitz, Jochen			Europäische Rechtsvereinheitlichung heute und morgen					1993	
Teichmann, Arndt	Ein Europäisches Zivilgesetzbuch – Notwendigkeit, Utopie, Illusion?	Dörr, Dieter / Dreher, Meinhard	Europa als Rechtsgemeinschaft					1997	17
Tettinger, Peter	Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union		Neue Juristische Wochenschrift		2001				1010
Thibaut, Anton Friedrich Justus			Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland					1814	
Thomas, Heinz		Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch				61. Auflage	2002	
Tiedemann, W.A.	„Desirability of European Social Policy“	Betten, Lammey	The future of European Social Policy					1991	
Tilman, Winfried	Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts		Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag					1985	495
Tilman, Winfried	Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft?	Müller-Graff, Christians	Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft				2. Auflage	1999	579

Tilman, Winfried	Kommentar zum Symposium: Kodifikation des wirtschaftsnahen Zivilrechts in der EG		Neue Juristische Wochenschrift		1991				3266
Tilmann, Winfried	The legal basis for a European Civil Code		Europäische Zeitschrift für Privatrecht		1997				471
Tilmann, Winfried	Entschließung des Europäischen Parlaments über die Angleichung des Privatrechts der Mitgliedsstaaten vom 26.05.1989		Zeitschrift für Europäisches Privatrecht		1993				613
Tilmann, Winfried	Zweiter Kodifikationsbeschluss des Europäischen Parlaments		Zeitschrift für Europäisches Privatrecht		1995				534
Tomandle, Theodor			Arbeitsrecht, Sachprobleme 2.				3. Auflage	1995	
Tomuschat, Christian	Die internationale Gemeinschaft	Tomuschat, Christian/Kötz, Hein/v. Maydell, Bernd	Europäische Integration und nationale Rechtskulturen					1995	1
Tomuschat, Christian	Europäisierung des Rechts	Tomuschat, Christian/Kötz, Hein/v. Maydell, Bernd	Europäische Integration und nationale Rechtskulturen					1995	21
le Tourneau, Philippe / Cadiet, Loïc			Droit de la responsabilité					1996	
Ulmer, Peter	Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?		Juristen Zeitung		1992				1
Unger, Joseph			Handeln auf eigene Gefahr				3. Auflage	1904	
Vrellis, Spyridon	Griechenland	v. Bar, Christian	Deliktsrecht in Europa		1994				
Walker, Wolf-Dietrich; Lohkemper, Wolfgang	Die vorgeschlagene EG-Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen und ihre Bedeutung für Haftungsfragen im Arbeitsrecht,		Recht der Arbeit	Jg. 47 Nr. 2	1994				105

Weber, Bernhard	Konkursausfallgeld und Übergang von Lohnansprüchen		Brennpunkte des Arbeitsrechts, Thesen und Ergebnisse der 3. Arbeitsrechtlichen Jahrestagung vom November 1991					1992	207
Weber, Max			Wirtschaft und Gesellschaft Grundriss der verstehenden Soziologie	1. Halbband			5. Auflage	1976	
Wiedemann, Herbert			Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis					1966	
Wiese, Günther	Der Ersatz des immateriellen Schadens		Recht und Staat	294/295	1964				
Wilburg, Walter			Die Elemente des Schadensrechts					1941	
Wilburg, Walter	Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts		Archiv für die civilistische Praxis	163	1963				346
Williams, Glanville	Vicarious Liability and the Master's Indemnity		Modern Law Review	20	1957				220
Witt, Jürgen			Zur Haftungssituation des Arbeitnehmers im Bereich „schadensgeneigter Arbeit“ bei Schädigung des Arbeitgebers und betriebsfremder Dritter					1968	
Witte, Henning	Schweden	v. Bar, Christian	Deliktsrecht in Europa					1994	
Wohlgemuth, Hans	Die Arbeitnehmerhaftung im Wandel		Der Betrieb		1991				910
Wolf, Manfred	Privates Bankvertragsrecht im EG- Binnenmarkt Auswirkungen der II. Bankrechts-Richtlinie auf privatrechtliche Bankgeschäfte		Wertpapier Mitteilungen		1990				1941
Zimmermann, Gerhard			Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und aussenstehenden Dritten bei Verwirklichung betriebstypischer Gefahr					1963	
Zimmermann, Reinhard			The Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition					1996	

Zimmermann, Reinhard	Roman Law and European Legal Unity	Hartk amp, Arthur u.a.	Towards a European Civil Code				2. Auflage	1998	21
Zimmermann, Reinhard	Das römisch- kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit		Juristen Zeitung		1992				8
Zweigert, Konrad/ Kötz, Hein			Introduction to Comparative Law				3. Auflage,	1998	
Zweigert, Konrad /Kötz, Hein			Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts				3. Auflage	1996	